

مجلة علمية أكاديمية مُحكّمة سداسية متخصصة
تصدر عن معهد الحقوق والعلوم السياسية بالمركز الجامعي لتامنغست- الجزائر
تعنى بنشر البحوث في الدراسات القانونية والاقتصادية

العدد السابع

ربيع الأنوار 1436هـ - جانفي 2015م
عدد خاص ببعض أعمال ملتقى المسؤولية الطبية
المنظم من قبل قسم الحقوق بمعهد الحقوق والعلوم السياسية
المنعقد يومي 12/13 نوفمبر 2013 بمدرج السمعي البصري بالمركز الجامعي
أمين العقال الحاج موسى أق أخموك لتامنغست - الجزائر

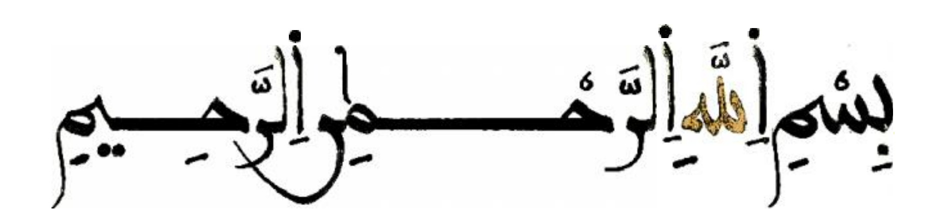
المــــراســـــــلات

توجه جميع المراسلات باسم رئيس التحرير إلى:
ص.ب 10034 سرسوف – تمنراست - الجزائر
الفـــــاكس: 86-01-30-(213-029)
أو (213-029) 30 00 71
الهاتف المحـول: (213-029) 30 04 56
الهــــاتف: (213-029) 30 01 03
E-mail: (revue.indr@gmail.com)
Cite web: www.tamanrasset.dz



الترقيم الدولي: ISSN 2335-1039
رقم الإيداع الوطني: 5172-2012

منشورات المركز الجامعي لتامنغست


بسم الله الرحمن الرحيم



مجلة علمية أكاديمية مُحكّمة سداسية متخصصة
تصدر عن معهد الحقوق والعلوم السياسية بالمركز الجامعي لتامنغست- الجزائر
تعنى بنشر البحوث في الدراسات القانونية والاقتصادية

(قواعد النشر في المجلة)

بغرض إتاحة الفرصة للإفادة من أبحاث الأساتذة والباحثين من داخل الوطن وخارجه، فإن إدارة المجلة ترحب بنشر الدراسات والبحوث المتخصصة في مجالي القانون والعلوم الاقتصادية باللغة العربية أو الفرنسية أو الانجليزية، وفق القواعد الآتية:

- أن يتسم البحث بالعمق والأصالة والإسهام العلمي، وفق المنهج العلمي والموضوعية.
- أن يكون البحث جديداً لم يُسبق نشره، وأن لا يكون قد أُرسل للنشر في مجلة أخرى.
- يخضع المقال للتحكيم وجوباً، ويُخطر صاحبه برأي الهيئة العلمية، ولا ترد البحوث التي تعذّر نشرها.
- يقدم المقال في نسخة إلكترونية لا يتجاوز عدد صفحاته (25)، ولا يقل عن (10) على افتراض الورقة (16-24)، وفق بُعد (2) من كل جهة، مع وضع أرقام الهامش بطريقة آلية وبين قوسين وجوبا، وإعطاء معلوماتٍ ببليوغرافية كاملة.
- يجب إرفاق السيرة الذاتية لصاحب المقال مع بحثه، موضحاً معلوماته الشخصية.
- يجب إرفاق المقال بملخص باللغة العربية ولغة أخرى لا يتجاوز الصفحة الواحدة.
- أن ترفق الصور والمخططات البيانية في ملفٍ خاصٍ بصيغة صورة، ومرقمة حتى يتسنى تعديلها وتهيئتها للطبع.
- يكتب البحث على جهاز الحاسوب بخط: (Simplified Arabic) بنط (14) إذا حرّر باللغة العربية، وبخط: (times new roman) بنط (12) إذا حرّر باللغة الفرنسية أو الانجليزية.
- البحوث التي يتمّ نشرها في المجلة لا يجوز إعادة نشرها إلا بموافقة خطية من رئيس التحرير.

(الأبحاث المنشورة لا تعبر بالضرورة عن رأي المجلة)



مجلة علمية أكاديمية مُحكّمة سداسية متخصصة
تصدر عن معهد الحقوق والعلوم السياسية بالمركز الجامعي لتامنغست- الجزائر
تعنى بنشر البحوث في الدراسات القانونية والاقتصادية

فهرس

إشكالية الملتقى

لا شك في أنّ مهنة الطبّ هي مهنة إنسانية وأخلاقية وعلمية، تفرض على صاحبها قدراً من العناية والحرص والحذر، حتى لا يقع في الخطأ، ونظرا للتطور الكبير الذي شهدته هذه المهنة، وما صاحبها من مخاطر على حياة المرضى، كان لا بد من إيجاد توازن للمعادلة الصعبة، المتمثلة في حماية المرضى من الأعمال الطبية، وضمان العناية الطبية اللازمة لهم، وفي المقابل توفير الحماية اللاّزمة للأطباء في معالجة المرضى، حتى يمكنهم العمل في جوّ من الطمأنينة بعيداً عن إرهاب المسؤولية، فقد ظهرت في العصر الحديث أساليب وتقنيات جديدة في العلاج، كما ظهرت الأدوية والمنتجات الصحية، والتي بقدر ما تحمل بين طياتها من نفع للبشرية، بقدر ما تحمل من مخاطر جمّة.

وفي ضوء ما تقدّم، نطرح الإشكال الآتي: ما هي الضمانات التي تكفل حماية المرضى من أخطاء الأطباء في ظلّ التطورات الحديثة في نظر كل من التشريع والفقه، والقضاء؟ ومن خلال هذا الملتقى سنسلّط الضوء على جميع أنواع المسؤولية الطبية، وذلك من خلال المحاور الآتية:

المحور الأول: القواعد العامة التي تحكم الأعمال الطبية

المحور الثاني: مسؤولية مقدم الرعاية الصحية

المحور الثالث: أثر التطور التكنولوجي على المسؤولية الطبية

المحور الرابع: القواعد التي تحكم التجارب العلمية الطبية

استهـــلالية

(حمدا وصلاة وسلاما)

في أولّ اجتماع تنسيقي للملتقى مع السيد مدير المركز الجامعي لتامنغست، أكّد على ضرورة عدم إبقاء أعمال الملتقى حبيسة المدّرج.

ولهذا؛ ارتأت إدارة مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية وبالتنسيق مع هيئة ملتقى المسؤولية الطبيّة تخصيص عدد من أعداد المجلة لإصدار وطبع أعمال الملتقى.

كما أنّ إدارة المجلة اتّفقت مع مسؤولي مختلف الهيئات العلمية التابعة لمعهد الحقوق والعلوم السياسية على طبع وإصدار مختلف أشغالها وأعمالها العلمية التي تشرف عليها.

وها هي ثمرة الوقوف على توصية السيد المدير، وثمرة هذه الاتفاقات ترى النور في إصدار بعض أشغال ملتقى المسؤولية الطبية، آملين أنْ نوّفق في إخراج جميع الأعمال العلمية التي أشرف عليها معهد الحقوق والعلوم السياسية منْذ تأسيسه.

وإنّنا ومن خلال هذا المنبر العلمي نحيّ كلّ حكيم طبيب كريم مخلصٍ في عمله، متفانٍ في أداء واجبه، ساهرٍ على تخفيف بعض آلام كلّ شقيّ سقيم.

أ.شوقي نذير
رئيس تحرير المجلّة
رئيس ملتقى المسؤولية الطبّية



من أشغال ملتقى المسؤولية الطبّية



ملاحظات حول المسؤولية الطبيّة

أ.د علي فيلالي
جامعة الجزائر (01)

نلتقي اليوم في هذا الملتقى الوطني تحت عنوان "**المسؤولية الطبية**"، بغرض البحث في الإشكال الذي حدّده منظمو هذه التظاهرة العلمية وهو: "ما هي الضمانات التي تكفل حماية المرضى من أخطاء الأطباء في ظلّ التطورات الحديثة في نظر كل من الفقه، والقضاء والتشريع؟" وذلك بقصد:

"- الوقوف عند المشكلات القانونية التي تواجه العمل الطبي،
- إبراز مدى مواكبة التشريعات للتطورات العلمية والطبية،
- بحث التدابير الوقائية لمعالجة الأخطاء الطبية،
- مناقشة سُبل حماية المرضى من الأخطاء الطبية."

إنّه من الثابت أنّ المسؤولية الطبية ليست وليدة المجتمع المعاصر، بل ظهرت بظهور أولى الأعمال الطبية، ولازمتها طيلة التطورات التي عرفتها تلك الأعمال في ضوء تطور العلوم الطبية، وكذا الفكر القانوني، وللتذكير، كانت – على سبيل المثال – تصل عقوبة الطبيب في الحضارة الفرعونية إلى حدّ الإعدام حالة ارتكابه خطأ، وإلى قطع يده في شريعة حمورابي، ولا يسأل الطبيب جزائيا عند الإغريق إذا توفى المريض رغما عنه، وكانت مراقبة الطبيب عند العرب تدخل ضمن مراقبة المحتسب وتطبق عليه قاعدة الحجر التي كانت تطبق على ثلاثة أصناف يمنع التعامل معهم ومنهم: الطبيب الجاهل[1]، ولم تتجاهل الشريعة الإسلامية الغراء المسؤولية الطبية لقول النبي صلى الله عليه وسلم: "من تطبب ولم يكن بالطب معروفا فأصاب نفسا فما دونها فهو ضامن"[2]، وعلى العموم كانت مسؤولية الطبيب حاضرة عبر كلّ مراحل تاريخ البشرية ولا تزال تستقطب اهتمام المجتمع برمته إلى حدّ الساعة.

إنّه على خلاف المسؤولية الجنائية للطبيب التي لم تعرف تطوراً إلاّ من حيث تجريم أفعال جديدة، فقد عرفت المسؤولية المدنية للطبيب منذ إصدار القانون المدني الفرنسي[3] تطوراً ملحوظا لاسيما من حيث طبيعتها، فكانت هذه المسؤولية في بداية الأمر ذات طابع تقصيري، أساسها القانوني المادتين 1382 و 1383 من القانون المدني الفرنسي، ثمّ أصبحت مع صدور قرار Mercier، سنة 1936، مسؤولية عقدية، إذ جاء في هذا القرار أنّه يقوم بين الطبيب والمريض عقد حقيقي[4]، غير أنّ مسألة ازدواجية المسؤولية لم تبق محل اعتبار، بعد إصدار قانون رقم: 2002-303[5]، وأصبح الاجتهاد القضائي الفرنسي يؤسس المسؤولية المدنية، حالة إخلال الطبيب بالتزامه بالحصول على رضا مستنير من المريض، على أساس المادة 1382 من القانون المدني، بحجة أنّ هذا الالتزام يقوم على مبدأ حفظ كرامة الإنسان وهو مبدأ دستوري يتعدى دائرة العقد الذي يربط الطبيب بالمريض[6]، ويظهر أنّ التشريع الجزائري أصبح هو أيضا لا يعتدّ بالتمييز التقليدي بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصير، وذلك بعد تكريسه مسؤولية المنتج بموجب المادة 140 مكرر مدني (القانون المدني) التي تنص: "يكون المنتج مسؤولا عن الضرر الناتج عن عيب في منتوجه حتى لو لم تربطه بالمضرور علاقة تعاقدية..."، وفي ضوء هذه المستجدات التي تتجاهل التمييز التقليدي بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية، تعالت بعض الأصوات الفقهية مطالبة بنظام مسؤولية مدنية مهنية مستقلة عن المسؤولية المدنية[7]، مع العلم أنّ نظام التأمينات يسّر كثيرا تعويض ضحايا الأضرار الناجمة عن الأعمال الطبية.

وأمّا بالنسبة للقانون الجزائري فإنّ أهمّ النصوص القانونية التي تناولت النشاط الطبي هي:

- القانون رقم: 85-05 المؤرخ في: 16 فبراير 1985 يتعلق بحماية الصحة وترقيتها[8] المعدل والمتمم بالقانون رقم: 88-15 المؤرخ في: 3 مايو 1988،

والقانون رقم: 90-17 بتاريخ 31 جويلية 1990، والأمر رقم: 06-07 بتاريخ 15 جويلية 2006[9].

- المرسوم التنفيذي رقم: 92-276 المؤرخ في: 08 يوليو 1992 يتضمن مدونة أخلاقيات الطب[10].

- المرسوم التنفيذي رقم: 07-321 مؤرخ في: 22 أكتوبر 2007 يتضمن تنظيم المؤسسات الاستشفائية الخاصة وسيرها[11].

- المرسوم التنفيذي رقم: 08-350 مؤرخ في: 16 نوفمبر 2008 يحدد شروط إنشاء المؤسسات الاجتماعية والطبية الاجتماعية وتنظيمها وسيرها ومراقبتها[12].

ولكن هذه النصوص الخاصة بالنشاط الطبي لم تضع قواعد خاصة للمسؤولية التي قد يتحملها الطبيب نتيجة مخالفته للواجبات الملقاة على عاتقه تجاه المريض، بل اكتفى المشرع بالإشارة إلى أنّ الطبيب قد يتحمل مسؤولية مدنية أو يتابع جزائيا طبقا لقانون العقوبات، وقد يتحمل مسؤولية تأديبية[13].

ونخلص من موقف المشرع هذا أنّ مسؤولية الطبيب سواء كانت مسؤولية مدنية أو مسؤولية جزائية تخضع للقواعد العامة، وسجلنا على ضوء هذه الاعتبارات ثلاث ملاحظات نعتقدها هامة وأساسية بالنسبة للموضوع الملتقى، وهي تتعلق على التوالي بمفهوم المسؤولية الطبية لكون المشرع لم يخصها بقواعد خاصة(1)، وبحقائق هذه المسؤولية باعتبارها مفهوماً قانونياً، ولكون القانون ترجمة لحضارة لكل مجتمع(2)، وبمستقبلها بالنظر إلى التكاثر المستمر لضحايا الأعمال الطبية من جهة وتطور الفكر القانوني من جهة أخرى(3).

1 - مفهوم "المسؤولية الطبية"

يظهر عند الرجوع إلى المكتبة القانونية أنّ العديد من الكتابات سواء أكانت كتب، أو مقالات، أو قرارات قضائية وغيرها تشير إلى المسؤولية الطبية[14]، وكأنّها نوع من جنس المسؤولية قائما بذاته يخضع لنظام قانوني متميز على غرار المسوؤلية المدنية، أو المسؤولية الجنائية،

أو المسؤولية التأديبية، أو المسؤولية السياسية، أو المسؤولية الإدارية...الخ.
ونذكر في هذا المقام أنّ اللغة القانونية هي لغة علمية قوامها دقة التعبير من خلال مفاهيم واضحة المعالم، دقيقة المعنى، من غير مترادفات، ومما لا شك فيه أنّ الكثير من المصطلحات القانونية هي أيضا كلمات مستعملة في اللغة العادية، غير أنّها لا تحمل المعنى نفسه، ولا تكتسي المميزات نفسها، فقوة اللغة القانونية تكمن في الدقة بحيث لكل كلمة قانونية معنى دقيق ومحدد من غير مترادفات على خلاف للغة العادية التي تكون غنية بمترادفاتها.

ولعلّ أولّ تساءل يطرح في هذا الشأن هو المقصود بالمسؤولية الطبية: أهي مسؤولية الطبيب؟ أهي المسؤولية المترتبة على الأعمال الطبية؟ فإذا كانت المسؤولية الطبية تنصرف إلى المدلول الأول، فهذا يعني حتما أنّ صفة الطبية تكون صفة جوهرية في نظام المسؤولية، فتكون شرطا من شروط تحقيق المسؤولية، على غرار - مثلا- مسؤولية حارس الشيء، أو متولى الرقابة، أو مالك البناية، أو مسؤولية المنتج(15)، أو مسؤولية المهندس المعماري والمقاول(16)...الخ، وما لم تتوفر الصفة المطلوبة لا يمكن مساءلة الشخص على أساس مسؤولية الحارس أو المالك أو المنتج...الخ، وأمّا إذا كانت المسؤولية الطبية تنحصر في تلك التي تترتب على الأعمال الطبية، فهذا يسمح بمساءلة كل من مارس عملا طبيا ولم تكن له صفة الطبيب هذا من جهة، ولا بد من جهة أخرى من تحديد معيار العمل الطبي الذي يستوجب المساءلة، مع العلم أنّ العمل الطبي هو عمل مباح ومشروع ولو أنّه يقتضي في أغلبية الحالات المساس بالسلامة الجسدية للمريض؟ بالإضافة إلى ذلك يتميز كل نوع من المسؤولية بنظام قانوني خاص قد يتعلق بشروط المسؤولية أو كيفية المساءلة(17)، أو طبيعة الجزاء، فالمسؤولية المدنية قوامها الخطأ المدني، وجزاؤها التعويض، وتقوم المسؤولية الجزائية على الخطأ الجزائي وجزاؤها عقاب جزائي من حبس وسجن وغرامة مالية...، فيما يتمثل

الجزاء السياسي في استجواب الحكومة، وتوجيه أسئلة لأعضاء الحكومة، والتصويت على ملتمس الرقابة[18]...الخ.

ولكن عند الرجوع إلى مختلف الكتابات وكذا النصوص القانونية لا نجد شيئا من هذا القبيل، بل الكلّ يشير أو يتحدث عن المسؤولية المدنية للطبيب، أو المسؤولية الجنائية للطبيب، أو المسؤولية التأديبية للطبيب، وحتى المسؤولية الإدارية للمستشفيات العمومية[19] عن الخطأ المرفقي الذي يقع من الطبيب الموظف خلال مزاولة نشاطه الطبي.

وعند النظر في تعريف هذه الأنواع المختلفة من المسؤولية يبدو واضحا أنّه لا علاقة لها بصفة الطبيب أو بالأعمال الطبية، إذ تتمثل المسؤولية المدنية في الالتزام بتعويض الضرر الذي يسببه الشخص (أيّا كان، طبيبا، بطالا، عاملا، رجل أو امرأة، تجار...) بخطئه للغير[20]، وتتمثل المسؤولية الجنائية في تحمل الشخص الجاني (أيّا كانت وظيفته أو كان بدون وظيفة، وأيّا كان جنسه أو جنسيته، متعلما كان أو أميا...) تبعة سلوكه المخالف لقواعد قانون العقوبات، فهي العقوبة المسلطة على الجاني، وأمّا المسؤولية التأديبية فهي ذلك الإجراء القانوني (انذار، توبيخ، فصل عن العمل...) الذي يتخذه ربّ العمل اتجاه العامل (أيّا كان منصبه) عند مخالفة سلوكه لمقتضيات النظام الداخلي للمؤسسة[21]، ويراد بالمسؤولية الإدارية التزام الدولة أو أي شخص من أشخاص القانون العام كالبلدية أو الولاية، أو هيئة عمومية ذات طابع إداري...بتعويض الضرر الذي تسببه للغير بفعلها المشروع أو غير المشروع على أساس الخطأ المرفقي.

ويبدو واضحا من أحكام القانون رقم: 85-05 السالف الذكر أنّ المسؤولية التي قد يتحملها الطبيب في إطار نشاطه المهني، قد تكون ذات طبيعة مدنية، وقد تكون مسؤولية جزائية[22] من دون أن يخص أيّا منهما بتنظيم خاص، الأمر الذي يفيد أنّها تخضع للقواعد العامة، فقد يسأل الشخص في إطار المسؤولية المدنية على أساس المسؤولية العقدية باعتبار أن المادة 154 من القانون رقم: 85-05 تنص: "يقدم العلاج الطبي

بموافقة المريض أو من يخولهم القانون أعطاء موافقتهم على ذلك...يقدم الطبيب العلاج الطي تحت مسؤولته الخاصة..."، وقد يسأل أيضا على أساس المسؤولية التقصيرية استنادا إلى المادة 124 مدني، كلّما تدخّل الطبيب في إطار حالات خاصة لا تستوجب رضا المريض[23]، ولا عبرة – عندئذ- لصفة الطبيب، وقد يسأل على أساس المادة 136 أو 138 أو 140 مكرر، فلا يشترط في كلّ هذه الحالات صفة الطبيب بل يجب أن يكون متوليا للرقابة أو حارسا، أو منتجا.

وأمّا بالنسبة للمسؤولية الجزائية، فإنّ المادة 239 من القانون رقم: 85-05 تنص: "يتابع، طبقا لأحكام المادة 288 و 289 من قانون العقوبات أي طبيب أو جراح الأسنان أو صيدلي...على كل تقصير أو خطأ مهني يرتكبه خلال ممارسة مهامه أو بمناسبة القيام بها ويلحق ضررا بالسلامة البدنية لأحد الأشخاص أو بصحته..."، وتنص المادة 288 عقوبات :"كلّ من قتل خطأ أو تسبب في ذلك برعونة أو عدم احتياطه أو عدم انتباهه أو إهمال أو عدم مراعاة الأنظمة"، وتنص بدورها المادة 289 عقوبات: "إذا نتج عن الرعونة أو عن عدم الاحتياط إصابة أو جروح أو مرض أدى إلى العجز الكلي عن العمل لمدة...فيعاقب..."، ويبدو واضحا أنّه ليس لصفة الطبيب أيضا أي مكان من الإعراب، فلا يشترط في الفعل المجرم صفة الطبيب[24]، وخصص الباب الثامن من القانون رقم: 85-05 للأحكام الجزائية التي تتعلق بمستخدمي الصحة، غير أنّ المشرع لم يضع قواعد خاصة لمساءلة الأطباء جنائيا، بل اكتفى بتجريم بعض حالات الإخلال بالواجبات القانونية التي يتحملها الطبيب في إطار ممارسة النشاط الطبّي، مع الإحالة بخصوص العقوبة الجزائية على نصوص قانون العقوبات[25].

واعتقادنا أنّه لا توجد مسؤولية طبية قائمة بذاتها فتكون نوعا من أنواع المسؤولية إلى جانب المسؤلية المدنية، والمسؤولية الجزائية، والمسؤولية السياسية...بل كلّ ما في الأمر أنّ الطبيب على غرار أيّ شخص آخر قد يسأل مدنيا على أساس الفعل الشخصي إذا ارتكاب

خطأ مدنيا ألحق ضررا بالغير، وقد يسأل مدنيا أيضا بصفته متولياً للرقابة إذا كان يتحمل واجب الرقابة على غيره، فيلحق هذا الأخير أضررا بالغير، وقد يسأل كحارس بسبب الأدوات الي تكون تحت حراسته والي تسبب ضررا للمريض أو الغير، وقد يسأل باعتباره منتجا للدواء...وقد نتساءل عن مساءلة الطبيب مدنيا كمتبوع إذا كان تابعه طبيبا، علما وأنّ المادة 10 من مدونة أخلاقيات الطب تمنع الطبيب عن التخلي عن استقلاله المنهي[26]؟ ويبدو لنا في ضوء تعديل الفقرة الثانية من المادة 136 مدني أنّ علاقة التبعية لا تتنافى واستقلالية الطبيب، إذ أصبحت معيار التبعية هو أن يكون التابع: "...يعمل لحساب المتبوع"[27].

وقد يسأل الطبيب كذلك، على غرار أي شخص آخر، مسؤولية جزائية عند امتناعه من إسعاف شخص في خطر، أو عند إفشاء سرّ مهي أو عند ارتكابه جنحة أو جريمة منصوص ومعاقب عليها قانونا في إطار ممارسة نشاطه الطبّي، بشرط أن تتوفر في خطئه المهي مواصفات الخطأ الجزائي، فيتابع على أساس الخطأ الجزائي الذي يأتيه أي شخص وليس على الخطأ المهي باعتباره خطأ مهنيا لا غير، ولكن القاضي في تقدير الخطأ الجزائي لا يعتدّ بسلوك الشخص العادي، بل يرجع إلى سلوك الطبيب العادي أو المعتاد، ويمكن للضحية إذا كان الطبيب المتسبب في الضرر موظفا بمؤسسة استشفائية تابع للقطاع العام، أن تطالب بالمسؤولية الإدارية لهذه المؤسسة على أساس الخطأ المرفقي، ولكن هذه الحلول المبدئية الي تظهر بسيطة في جانبها النظري كثيرا ما تصطدم بحقائق الواقع العملي من ظروف واعتبارات وعوامل أخرى تجعل مساءلة الطبيب ليست بالأمر الهين.

2- حقائق مساءلة الطبيب

بادئ ذي بدء لا بد من التذكير بإحدى الخاصيات الهامة للعلوم القانونية وهي ارتباطها بالبيئة الي تنشأ وتطبق فيها، لا نزاع في أنّ القانون كعلم يعد نظاماً[28] un ordre على غرار العلوم الأخرى، ولكنه ينطوي -على خلافها- على مضمون ثقافي، وهذا ما جعل العلوم

القانونية علما نسبيا، إذ تحلّ نفس المشكلة المطروحة في عدد من البلدان بطرق قد تكون مختلفة وذلك بالنظر إلى خصوصيات كل بلد[29]، وهذه الخاصية هي التي جعلت العلوم القانونية على خلاف العلوم الأخرى تشمل من بين اختصاصاتها فرع يسمى بـ"القانون المقارن"، ولكن مهما كانت نسبية العلوم القانونية من حيث صحة وحقيقة ما توصلت إليه من نظام، فإنّها تبقى علوم من حيث أسلوبها وطريقة التعبير عن ذلك النظام، وتستعمل العلوم القانونية على غرار العلوم الأخرى لغة عليمة قوامها مجموعة مصطلحات تستمد دلالتها من الحقائق القانونية فقط، فتصبح لغة خاصة بالقانونين دون غيرهم.

وانطلاقا من هاتين الملاحظتين يتعين علينا تناول مسؤولية الطبيب من زاويتين هما: المسؤولية الطبيّة كفكرة قانونية (1.2) ثمّ واقع هذه المسؤولية بالنسبة للمجتمع الجزائري (2.3).

1.2- المسؤولية قانونا : عقاب: إنّه من الثابت والمعروف أنّ فكرة المسؤولية تثير في ذهن المخاطبين بالقانون فكرة العقوبة، باعتبارها جزاء، ولكن إذا كان للجزاء في مفهوم العامة جانب إيجابي أي مكافأة السلوك المرغوب فيه أي العمل الحسن، وآخر سلبي أي المآخذة على الأفعال الممنوعة، من معاقبة الانحراف عن السلوك المطلوب، فإنّ فكرة الجزاء في القانون تنصرف إلى الجانب السلبي أساسا، أي الجانب العقابي[30]، وهناك من الفقهاء من يعتبر الجزاء القانوني عنصراً من عناصر القاعدة القانونية، إذ لولا الجزاء لما كانت القاعدة القانونية قاعدة تكليف، أي قاعدة ملزمة[31]، بل تكون مجرد نصيحة.

وتقتضي المسؤولية -من هذا المنطلق- أن نكون حتما بصدد عمل غير مشروع، بصدد تعدي على الغير، أو انحراف عن السلوك المطلوب أيّا كان نوع المسؤولية (مدنية، جنائية، تأديبية، سياسية وغيرها)، ولعلّ ما يؤكد هذا التصور للمسؤولية أنّها تقوم من حيث المبدأ العام على عنصر الخطأ سواء تعلق الأمر بالخطأ المدني، أو الخطأ التأديبي أو الخطأ الجزائي. ومن المعروف والثابت والغير متنازع فيه أنّ هذه الأنواع الثلاثة من

الخطأ متفاوتة في جوانب عدة، إلا أنّها من جنس واحد، فالعبرة في تعريف الخطأ هي بالتصور الشخصي أيّا كان نوع الخطأ، فهو يتكون من عنصرين أحدهما مادي ويتمثل في مخالفة السلوك الواجب اتباعه من مخالفة العامل للنظام الداخلي للمؤسسة، أو إخلال المتعاقد بالتزامه، أو اتيان الجاني سلوكاً مجرماً، وآخر معنوي يتمثل في نسب هذا الانحراف في السلوك للفاعل، بمعنى أنّ الانحراف السلوكي يعود للفاعل أو يلحق به، ولا يتحقق ذلك إلاّ إذا كان الفاعل يتمتع بقواه العقلية وإرادة حرة، فيستطيع تقدير ما حصل منه من سلوك مخالفة للقانون بصفة عامة[32]، ومن نتائج التصور الشخصي للخطأ أنّه لا مسؤولية إلاّ إذا كان المعني أهلا للمساءلة فيكون مدركا قانونا لسلوكه.

ولما كان الأمر على هذا النحو، فقد نتساءل عن سبل مساءلة الطبيب علما وأنّ النشاط الطبي هو ليس بعمل مشروع فحسب، بل هو عمل نافع وضروري بالنسبة للمريض، وقد يلزم الطبيب قانونا بإسعاف المريض تحت طائلة عقوبة جزائية[33]، وللتذكير فإنّ المريض هو الذي يستنجد بالطبيب فيختاره[34] ويتقدم إليه بمحض إرادته فيطالبه بالعلاج، وليس للطبيب مباشرة أي عمل طبي أيّا كان إلاّ بعد إبلاغ أو إعلام المريض بفحوى العلاج وما قد يترتب عنه من آثار على صحته من محاسن ومن مساوئ من جهة، وحصوله على رضا المريض الذي يكون عن بينة من أمره[35].

لا شك في أنّ الأعمال العلاجية من استعمال الأشعة، وتناول الأدوية، وأعمال الجراحة وغيرها تمس بالسلامة الجسدية للمريض، غير أنّ مثل هذه الأعمال مباحة طالما يأذن بها القانون[36].

وبالنظر إلى هذه الاعتبارات المتناقضة كثيرا ما كانت تردد الضحايا وحتى القضاء في مساءلة الطبيب، والحقيقة أنّ الأمر لا يقتصر على النشاط الطبي فقط، بل بكلّ النشاطات النافعة التي يقوم بها الأفراد

والتي قد يترتب عنها بعض الأضرار، وقد استنجد الفقه بفكرة المخاطر Théorie des risques[37]، تجنباً لكل تناقض.

2.2 – واقع مسؤولية الطبيب في المجتمع الجزائري: إذا كان القانون الجزائري مرتبط بخصوصيات المجتمع الجزائري، فإنّ هذا لا يعني أنّه لم يتأثر بغيره من القوانين لاسيما القانون الفرنسي للاعتبارات التي سبق ذكرها، والحقيقة أنّ تأثر المشرع بالقانون الفرنسي هو أمر طبيعي وموضوعي، ولا حرج في ذلك لاسيما بالنسبة للقانون المدني وقانون العقوبات كون ارتباطهما بخصوصيات المجتمع أقل حدة بالنظر إلى قانون الأسرة، فيبقى أنّ الجانب التطبيقي للقانون يكون أكثر تأثرا بالمجتمع الجزائري، فهو مرهون بما يعتقده المواطن الجزائري، ونذكر في هذا الشأن بالمقولة المشهورة "ليس للقانون قيمة إلاّ بتطبيقه" La loi ne vaut que par son application.

ومقارنة بالدول المتقدمة التي قطعت أشواطا معتبرة في مجال مساءلة الأطباء وتعويض ضحايا الأعمال الطبية، يبدو واضحا أنّ الأمر لا زال في بدايته بالنسبة للمجتمع الجزائري، ولعلّ أحسن دليل هو ما جاء في المقال الصحفي الذي نشر بجريدة الشرق بتاريخ 10 نوفمبر 2013 تحت عنوان: "الأخطاء الطبية...جرائم دون عقاب"، وهو في الحقيقة صرخة قوية للضحايا، ولاشك –عندئذ - أنّ ملتقانا هذا ذا أهمية قصوى، ونرى أنّ سبب هذا التأخر المسجل بالنسبة لمساءلة الطبيب مردّه الواقع الذي يعيشه المواطن الجزائري والذي يتميز بما يلي:

أ- **المكانة الاجتماعية للطبيب**: إنّ مهنة الطب على غرار مهنة المحامي تعتبر من المهن النبيلة بالنظر إلى الخدمات الانسانية التي يقدمها كل من المحامي للمتقاضي والطبيب للمريض، يكون الطبيب إلى جانب المريض وهو في أسوء حالته الصحية وفي أمس الحاجة إلى من يخفف من آلامه وآلام أقربائه، فيتولى علاجه وطمأنته، وسمى الطبيب بالحكيم بالنّظر إلى مكانته في المجتمع، فهو مسعف المريض من الخطر الذي يهدده في حياته

وعافيته، وأصبح الأطباء يتمتعون في هذه الظروف بنوع من الحصانة الفعلية، فمقاضاتهم ليست بالأمر البسيط.

ب - قناعة المريض: المواطن الجزائري له قناعته ومعتقداته الإيمانية، وفي كثير من الحالات لازال يعتبر أنّ ما أصابه من مرض وما يترتب عنه من تداعيات ومضاعفات خلال مرحلة علاجه مردها القضاء والقدر، فلا يفكر إطلاقا في مساءلة الطبيب، بل يعتبر التحقيق في الأخطاء الطبية بالنسبة لمجتمعنا من المسائل المحرمة[38].

ج- التفاوت بين المريض والطبيب: يوجد في الكثير من الحالات تفاوت كبير بين الطبيب والمريض، لا من حيث المركز الاجتماعي فحسب، بل من حيث أيضا الجانب المعرفي، الأمر الذي يجعل المريض يضع ثقة كبيرة في الطبيب، فيسلّم أمره كليّا للطبيب ولا يمكن التراجع عن هذه الثقة، التي تحول دون التفكير في المطالبة بمسؤولية الطبيب، وهناك أيضا تفاوت من حيث العرض والطلب في مجال الخدمات الطبية، إذ يسجل قطاع الصحة نقصا كبيرا في سلك الأطباء المتخصصين في مختلف أرجاء الوطن ولاسيما في المناطق المعزولة (الجنوب والهضاب العليا)، فكيف للمريض الذي لم يتمكن من الاستفادة من خدمات هذه الطبيب الأخصائي إلا بشقّ الأنفس أن "يتجرأ" ويطالب هذا الطبيب بمسؤولته؟ فقد يكون مثل هذا السلوك لدى الأوساط الشعبية بمثابة نكران للجميل.

د - تكفل الدولة بمصاريف العلاج وتعويضات خسارة الأجر: إنّه من المعرف أنّ العلاج مجاني[39] في المستشفيات العمومية، مع العلم أنّ المؤسسات الاستشفائية التابعة للقطاع العام هي التي تتولى الأعمال الطبية الهامة والأكثر تكلفة من عمليات الجراحة المختلفة وعلاج الأمراض المزمنة والخطيرة منها السرطان من جهة، ويتولى صندوق الضمان الاجتماعي من جهة أخرى تعويض المرضى المؤمنين الاجتماعين وذوي حقوقهم عن مصاريف الأدوية وبعض الأعمال الطبية الهامة التي تسند إلى القطاع الخاص كتصفية الدم بالنسبة للمرضى الذين يعانون من داء القصور الكلوي وجراحة القلب وغيرها، وكذا تعويض ضياع الأجر بالنسبة للمؤمن

الاجتماعي العاجزين عن العمل بسبب المرض، وفي ضوء هذه الحقائق لا يرى ضحايا الأعمال الطبية فائدة من المطالبة بمسؤولية الطبيب، لاسيما وأنّ اللجوء إلى العدالة يتطلب تكاليف وآجال طويلة، وقد تكلّل الدعوى القضائية بالنجاح، وقد ترفض[40].

هـ- صعوبة إثبات الخطأ: إنّ صعوبة إثبات الخطأ الطي من قبل الضحية مردّه طبيعة الالتزام الذي يتحمله الطبيب من جهة، وطابعه الفني من جهة ثانية، بالنسبة للطبيعة التزام الطبيب يكون في غالب الحالات التزام ببذل عناية[41]، بمعنى أنّ الطبيب لا يلتزم بنتيجة معينة، أي "شفاء المريض"، وإنّما يلتزم ببذل جهد في معالجة المريض لا يكون أقل من الجهد الذي يبذله "الطبيب العادي"، ولا يسأل الطبيب -عندئذ – إلا بعد إثبات أنّه لم يبذل الجهد المطلوب، ومثل هذا التقدير هو ذو طابع فني[42]، الأمر الذي يجعل القاضي المدني أو الجزائي يلجأ في جميع الحالات إلى خبرة طبية لإثبات الخطأ، ويبدو أنّه ما لم يكون الطبيب المعالج قد ارتكب خطأ جسيما، فادحا لا يمكن إغفاله أو التستر عليه، فكثيرا ما ينحاز الطبيب الخبير إلى زميله، فقد يتجاوز عن بعض الأخطاء[43]، وفي ضوء هذا التضامن المزعوم أو الحقيقي بين الأطباء كثير ما يتنازل الضحايا عن مقاضاة الأطباء.

و- قصور نظام المسؤولية في حماية الضحايا: إنّ الغرض الأول من المطالبة بمسؤولية الطبيب ليس بانتقام الضحية من الطبيب الذي قد يتعرض لعقوبة جزائية، وإنّما الحصول على تعويض عن الضرر الذي لحقها، وسجلنا في هذا الشأن **ملاحظتين**، تتعلق **الملاحظة الأولى** بمقدار التعويض وتتعلق **الملاحظة الثانية** بالحصول الفعلي للضحية على التعويض، بالنسبة لمقدار التعويض، يظهر أنّ القضاة كثيرا ما يرجعون إلى سلم التعويضات المعمول به في مجال الضمان الاجتماعي قصد تحديد مقدار التعويض، ومن المعروف أنّ التعويضات في مجال الضمان الاجتماعي هي تعويضات جزافية وليست بتعويض فعلي لكل الضرر، مع العلم أنّ الأنظمة التعويضية على غرار الأمر 74-15 المتعلق تعويض ضحايا حوادث

المرور تختلف كليّا عن نظام المسؤولية المدينة ولو أنّ غرضهما واحد: تعويض الضرر[44]. فالأنظمة التعويضية تعويض كلّ الضحايا بغض النظر عن سلوك الفاعل أو سلوك الضحية، ولكن لا تعوّض كلّ الضرر الذي لحق بالضحية وإنما نسبة معينة فقط[45]، وذلك بغرض المحافظة على قدرة شريكات التأمين على التغطية المالية للمخاطر المؤمنة.

وأمّا الملاحظة المتعلقة بالحصول الفعلي للضحية على تعويض، فمردها حالة العسر التي قد تحلّ بالطبيب لاسيما حالة الأضرار الجسيمة التي قد تلحق بالضحية، علما وأن الضرر هو في جميع الحالات ضرر جسماني، والحقيقة أنّ هذه الصعوبة لا تقتصر على وضعية الطبيب ولكنها تعني أيضا حارس الأشياء ومسؤولية المنتج ومسؤولية مالك البناء، وغيرها، وذلك لكون الضرر الذي قد يصيب الضحية كثيرا ما يكون معتبرا جدا، ولاشك –عندئذ - أنّ التأمين الإجباري يمثل حلاّ جدياً، إلاّ أنّ المؤمن لا يلتزم بالتعويض إلا بعد ثبوت المسؤولية المدنية للمعني.

وبعد عرض هذه الصعوبات يصبح التساؤل عن مستقبل تعويض ضحايا الأعمال الطبية أمراً لا مفر منه بسبب تكاثر مثل هذا الضحايا وكذا تطور ذهنياتها لاسيما بعد ما كرّس الدستور سبل الدفاع الجماعي[46]، ويسعى المشرع إلى ترقية الحركة الجمعوية للمستهلكين[47].

3 - مستقبل "المسؤولية الطبية"

لقد عرف نظام المسؤولية المدنية بصفة عامة تطوراً ملحوظاً في اتجاه حماية الضحية، ويعود الفضل في ذلك إلى عاملين أساسين هما: الاجتهاد القضائي الفرنسي من جهة ونظام التأمينات من جهة أخرى، لقد كان الاجتهاد القضائي الفرنسي، الذي استمد المشرع الجزائري من حلوله العديد من الأحكام، يسعى دوما إلى إيجاد حلول حماية للضحية التي كانت تواجه صعوبات جمة في إثبات الخطأ تبعا للظروف الجديدة التي تحدث فيها الأضرار، كالإصابات التي تقع في ورشات العمل والمصانع أو خلال عمليات النقل المختلفة والتي تسببها الآلات الصناعية، والمنتجات،

وغيرها من الأدوات المستعملة، وفي أولّ خطوة خطاها القضاة تمّ فيها افتراض الخطأ ليصلوا في نهاية الأمر إلى افتراض المسؤولية[48].

وكان لنظام التأمينات أيضا دور هام في تطور المسؤولية المدنية لصالح الضحايا، إذ أنّ تكفل شركة التأمين بتعويض الضحية بدل من المسؤول شجع الكثير من المتضررين على اللجوء إلى المحاكم والمطالبة بتعويضات معتبرة، علما أنّ المسؤول أصبح لا ينزعج، بل لا يبالي بذلك طالما أنّه غير معني بدفع التعويض، كما أظهر القضاة كذلك بعض الليونة في تقدير الخطأ ومن ثمّ الاستجابة لطلب التعويض[49].

وفي ظلّ المزايا التي يحققها نظام التأمين لم يتردد المشرع في جعله وجوبيا على المسؤولية المدنية لكل المهنيين في المجال الطبي على غرار ما هو معمول به في المجالات الأخرى(1.3)، وبموجب الأحكام الجديدة - الصادرة بمناسبة تعديل القانون المدني - تتكفل الدولة بتعويض الأضرار الجسمانية في حالة انعدام المسؤول(2.3)، ولكن هذه الإجراءات لم تنه معانات ضحايا الأعمال الطبية الذين يتطلعون إلى حماية أفضل من تلك التي يوفرها نظام المسؤولية المدنية (3.3).

1.3- التأمين الإلزامي على المسؤولية المدنية للطبيب: ظهر نظام التأمين بعد ما أصبح الإنسان بحاجة إلى مساعدة غيره لمواجهة ما قد يحل به من مصائب قضاء وقدرا، وقد يكون سبب استحالة المواجه الفردية لما يلحق بالضحية من أضرار جسامتها كتلك التي تحدثها الآلات والكوارث الطبيعة وحتى الأعمال الطبية، من وفاة وإعاقات بليغة تلازم المعني وعائلته طيلة حياته.

ويقوم نظام التأمين أساسا على التضامن والتعاون بين مجموعة من الأفراد يتعرضون لنفس الخطر، كالأطباء المعرضون للمساءلة المدنية بسبب الأخطاء التي يرتكبونها خلال ممارسة مهنتهم والتي قد تسبب أضرارا لمرضاهم، ويتحقق هذا التعاون فيما بينهم من خلال توزيع ما يترتب عن هذه الحوادث من خسائر مالية بين أفراد المجموعة، فيخفف ذلك من حدتها بالنسبة لكل واحد منهم، عمليا يتولى المؤمن تنظيم التعاون

والتضامن بين المؤمن لهم، فيحدد ويجمع الاشتراكات، ويقوم بدفع التعويضات المستحقة للضحايا من الأموال التي تمّ جمعها، معتمدا في ذلك على حساب الاحتمالات وقانون الأعداد الكبرى وإجراء المقاصة بين الأخطار، ويوفر –عندئذ- نظام التأمين حماية للطبيب فلا يتحمل التبعات المالية لمسؤوليته المدنية المحتملة، وحماية لضحية الأعمال الطبية التي تتجنب تحول العلاقة التي تربطها بالطبيب إلى نزاع وكذا عسر المدين.

وتنص في هذا الشأن المادة 167 من الأمر رقم: 07-95[50]: "يجب على المؤسسات الصحية المدنية وكل أعضاء السلك الطبي والشبه الطبي والصيدلاني الممارسين لحسابهم الخاص أن يكتتبوا تأمينا لتغطية مسؤوليتهم المدنية المهنية تجاه مرضاهم وتجاه الغير"، ويجب أن يكون: "...الضمان المكتتب كافيا سواء بالنسبة للأضرار الجسمانية أو بالنسبة للأضرار المادية..."، ويتعرض كل مخالف لهذا الالتزام إلى غرامة مالية من 5000 د ج إلى 100.000 دج، بغض النظر عن وجوب اكتتابه التأمين[51]. وقد ذكر المشرع بهذا الالتزام (بالتأمين الإجباري) بالنسبة للقطاع الخاص في المادة 06 من المرسوم التنفيذي رقم: 07-321 السالف الذكر، والمادة 07 من المرسوم التنفيذي رقم: 08-350.

ويظهر أنّ إجراء التأمين الذي كثيرا ما يكون سندا قويا وفعالا في تعويض الضحايا في المجالات الأخرى[52]، لم يكن له في علمنا صدى يذكر بالنسبة لضحايا الأعمال الطبية، بسبب انعدام التعاون بين الضحية من جهة والطبيب المعالج كونه المسؤول عن الضرر من جهة أخرى، ونذكر في هذا الشأن أنّ المؤمن يكون مطالبا بتعويض الضحية في حالة قيام مسؤولية الطبيب وذلك بصفة ودية (من خلال خبرة انفرادية أو خبرة وجاهية) أو قضائية بموجب حكم نهائي، ولكن لما كان الأطباء يتهربون بكل الوسائل من الاعتراف بمسؤولياتهم، فلا يتعاونون مع الضحية التي ليس لها –عندئذ– سبل أخرى غير المساعي القضائية، ولقد سبقت الإشارة إلى الأسباب التي تحول دون لجوء الضحايا إلى المحاكم.

2.3- التكفل الاحتياطي للدولة بالأضرار الجسمانية: إنّ تكريس حقّ الشخص في السلامة الجسدية يرتب التزامات جديدة على عاتق الدولة، فتصبح ضامنة لكل مساس بهذا الحقّ، ويظهر أنّ المشرع لم يتجاهل هذا الأمر بمناسبة مراجعته للقانون المدني بموجب القانون رقم: 10-05 الذي استحدث مادة جديدة تحمل رقم 140 مكرر 01 تقضي: "إذا انعدم المسؤول عن الضرر الجسماني ولم يكن للمتضرر يد فيه، تتكفل الدولة بالتعويض عن هذا الضرر"[53]، ويتبن من هذا النص أنّ تكفل الدولة بتعويض الضحايا يكون بصفة احتياطية إذ لا تتدخل إلا إذا انعدم المسؤول، كما يشترط النص أن يكون الضرر جسمانيا، وأن لا يكون للمتضرر يد في حدوث الضرر الجسماني.

ويعتبر هذا النص الجديد خطوة إضافة لحماية ضحايا الأضرار الجسمانية بما فيهم ضحايا الأعمال الطبية، غير أنّ شروط تطبيقه قد استعصت على تحقيق الهدف المنشود، فهل يقصد بانعدام المسؤول تخلف شروط قيام المسؤولية المدنية، (كأن يكون المتسبب في الضرر مجهولا، أو انتفاء خطأ الفاعل أو انتفاء علاقة السببية؟ أو يقصد عدم الحصول الضحية – فعلا - على التعويض كأن يكون المسؤول معسرا؟ وهل يجب القيام بدعوى قضائية واستصدار حكم قضائي نهائي؟ وهل يجب القيام بدعوى ثانية على الدولة أم تكتفي الضحية بتقديم الحكم بالتعويض مصحوبا بمحضر من المحضر القضائي يثبت فيه عسر المدين؟ ولا شك – عندئذ - أنّ عدم تطبيق هذا النص منذ قرابة ثماني سنوات من إصداره هو دليل واضح على صعوبة تجسيده ميدانيا.

وقد يرجع عدم تطبيق هذا النص الجديد إلى الطبيعة الاستثنائية للحكم الذي يتضمنه، فهو لا ينسجم مع ما هو متعارف عليه من قواعد في مجال المسؤولية المدنية؟ فإذا لم يكن هناك مسؤول أو كان معسرا فالمتعارف عليه قانونا أنّ الضحية هي التي تتحمل في نهاية الأمر الضرر، ونذكر في هذا الشأن أنّ نظام المسؤولية ظهر في ظل الدولة الحارسة[54]، التي ليست لها أن تنشغل بالتعويض الفعلي للضحايا عن مختلف الأضرار،

بل يكفيها توفير السبل القانونية لحماية حقوق المواطن، كتنظيم مرفق العدالة، ونرى أنّ هذه النتيجة المنطقية والحتمية في نظام المسؤولية المدنية لا تتماشى مع ما يقتضيه الحق في السلامة الجسدية من حماية، الأمر الذي يتطلب استحداث نظام تعويض مستقل، وقد سبق للمشرع أن استحدث مثل هذه الأنظمة الخاصة بتعويض ضحايا الأضرار الجسدية[55].

3.3- حوادث الأعمال الطبية أخطار اجتماعية تستوجب نظام تعويض مستقل: إنّ ضحايا الأعمال الطبية لم تستفيدوا من التسهيلات المذكورة أعلاه للأسباب التي سبق ذكرها، في حين نسجّل تزايدا مستمرا في عدد الضحايا[56]، ولكن طالما أنّ الأمر يتعلق بأضرار جسمانية فلا يمكن للمجتمع تجاهلها، وبخاصة وأنّ الحق في السلامة الجسدية أصبح مكرسا دستوريا، مع العلم أنّ هذا الحق لم يظهر إلاّ من خلال ظهور حقوق الإنسان[57]، التي تعتبر إحدى الاهتمامات الحالية لرجال السياسة والقانون.

وبغض النظر عن الاعتبارات السالفة الذكر لا شك في أنّ نظام المسؤولية -كونه مجرد رابطة قانونية خاصة بين فردين (دائن ومدين)- لا يمكنه تلبية ما يتطلع إليه المتضررون من الأعمال الطبية مهما كان أساس هذه المسؤولية[58]، وذلك بالنظر إلى أساس حقّ الضحايا في التعويض، وعدد الضحايا المتزايد باستمرار، وإلى طبيعة الأضرار ومخلّفاتها على صحة المضرور وعائلته والمجتمع.

يظهر بعد تكريس الحقّ في السلامة الجسدية أنّ حقّ الضحية في التعويض عن الأضرار الجسمانية التي تلحق بها لم يبق مرهونا بسلوك الفاعل كما هو الأمر بالنسبة لنظام المسؤولية، كانت الضحية تستحق التعويض عمّا أصابها من ضرر نتيجة الخطأ الذي ارتكبه المتسبب في الضرر[59]، وبمفهوم المخالفة ليس للضحية الحقّ في التعويض ما لم يكن هناك خطأ سلوكي من المسؤول، فالحق في التعويض قوامه سلوك الفاعل المسؤول، غير أنّه بعد تكريس الحقّ في السلامة الجسدية أصبح تعويض

ضحية الأضرار الجسمانية مستقلا ولا علاقة له بسلوك الفاعل، بل قوامه الحقّ في السلامة الجسدية نفسه.

لقد أصبحت الحوادث الطبيّة بالنظر إلى عدد المتضررين، وطبيعة الأضرار، وجسامتها تمثل خطرا اجتماعيا حقيقيا، على غرار حوادث المرور، وحوادث العمل وغيرها[60]، والخطر الاجتماعي في تعريف الفقه هو خطر يتولد عن الحياة في المجتمع من جهة ولا يمكن مواجهته بصفة فردية من جهة ثانية، ولا يمكن للمجتمع أن يتجاهله، فهو يهدد الأمن العمومي والسلم المدني من جهة ثالثة، بالنسبة للعنصر الأول من البديهي أن الحوادث الطبية مرتبطة بالحياة الاجتماعية، وأمّا سبب صعوبة مواجهة هذه الأخطار بصفة انفرادية هو جسامة الضرر، إذ لا يمكن لا للمسؤول أن يدفع التعويض المناسب في حالة ثبوت المسؤولية، ولا للضحية أن تتكفل ماليا بما تتطلبه معالجة تلك الأضرار في حالة عدم تحقق المسؤولية، ولعل هذه الحقيقة هي الي دعت إلى فرض تأمين وجوبي على الأطباء على مسؤوليتهم المدنية تحت طائلة عقوبات جزائية.

ومن الثابت أيضا أن تزايد الضحايا هو أحد العوامل الي ساعدت على زيادة التضامن فيما بينهم للدفاع عن حقوقهم بصفة جماعية طبقا للمادة 33 من الدستور، ولقد صاحب هذا الأسلوب الجديد أي الدفاع الجامعي طرق مطالبة جديدة، قد تنال من سكينة وأمن المواطنين[61]، الأمر الذي يحتم على السلطات التجاوب مع هذه الانشغالات، خاصة إذا اتخذت الوسائل المستعملة شكل المسيرات والمظاهرات والاعتصامات في الساحات العمومية ومكاتب الهيئات الرسمية، والإضرابات والاتصال بالهيئات الدولية، والتواصل على شبكات التواصل الاجتماعية الحديثة face book, Twitter، وهذه الوسائل لا تخلو من المساس بالحريات العامة، الأمر الذي يدفع السلطات لا محالة إلى الاهتمام الفوري بهذه الأوضاع.

ونرى أنّه يتعين -على غرار تكفل الدولة بطريقة غير مباشرة بضحايا حوادث المرور وحوادث العمل[62]، وبطريقة مباشرة بمختلف ضحايا الأحداث المخلة بالنظام العام[63]- الإسراع إلى إحداث نظام تعويض

خاص بضحايا الأعمال الطبية[64]، لا سيما وأنّ الأمر لا يتطلب تمويلا إضافيا أو نفقات جديدة على عاتق الخزينة العمومية، فطالما يوجد تأمين إلزامي على عاتق الأطباء لتغطية مسؤوليتهم المدنية، يمكن الاعتماد على هذه المداخيل لإحداث طرق قانونية خاصة تتميز بالبساطة والسرعة لتعويض ضحايا الاعمال الطبية جزافيا، واستبعد فكرة المسؤولية والخطأ على غرار ما هو معول به بالنسبة لضحايا حوادث المرور مع تحديد وسائل ودية لحل النزاعات المحتملة كالخبرة الطبية، علما وأنّ النزاع لا ينصب على الحق في التعويض بل يتعلق بتقدير الضرر وتحديد نسبة العجز[65].

ونرى في ختام هذه الملاحظات أنّه بات من الضروري والأكيد، ومن المستعجل أيضا إعادة النظر في كيفية تعويض ضحايا الأعمال الطبية، وذلك بغرض رفع الغبن على هذه الفئة ومعاملتهم على قدم المساواة مع ضحايا الأضرار الجسمانية الأخرى، فالإبقاء على نظام المسؤولية يعني لا محالة إبقاء هذه الفئة من ضحايا الأضرار الجسمانية رهينة سلوك السلك الطبي الذي كثيرا ما يرفض تحمل مسؤولياته.

ولكن؛ هذا لا يعني الاستبعاد الكلي لفكرة مسؤولية الطبيب، الأمر الذي قد يزيده ربما تعسفا، بل لا بد من التمييز بين التعويضات المدنية التي تكون مستحقة للضحية بقوة القانون جبرا للضرر الذي لحق بسلامته الجسدية، وبين مساءلة الطبيب تأديبيا وحتى جزائيا على كيفية تأدية عمله واحترامه لأخلاقيات المهنة، ولا نزاع في أنّ كلّ عمل طبّي أيّا كان ينطوي لا محالة على مخاطر، الأمر الذي يتطلب من الطبيب الحيطة والحذر الشديد واليقظة اللازمة والتحلي بروح المسؤولية، لأنّه لا يمكن التسامح مع كلّ تهاون أو تقصير، وإلاّ ذهبت مصداقية هذه المهنة النبيلة أدراج الرياح[66]، ويظهر أنّ السلك الطبي واعٍ كل الوعي بهذا المسألة ولا يعارض فكرة المساءلة التأديبية، وإنّما يطلب عدم تجريم الأخطاء الطبية[67]، ويتعين في جميع الحالات على الدولة تحمل مسؤوليتها نحو ضحايا الأعمال الطبية باعتبارها راعية لحقوق المواطن وحقوق الإنسان وضامنة لكلّ

الأخطار الاجتماعية وما يترتب عليها من أضرار في إطار توفير الأمن والسلم للمواطن، وهذا بغض النظر عما تقوم به في إطار سياستها الاجتماعية.

الهوامش والمراجع المعتمـــدة

---

(1) الفتى الماجن والمكاري المفلس.

(2) سنن الدارقطني، ج3، ص196، ج 336، ذكره محمد الرشهري، موسعة الأحاديث الطبية، ج1، ص54.

(3) مردّ الإشارة إلى القانون الفرنسي سببين هما: تطبيق القانون الفرنسي في الجزائر في مرحلة الاستعمار وبعد الاستقلال إلى غاية 05 جويلية 1975 وتأثر المشرع الجزائري بالقانون الفرنسي على غرار المستعمرات الفرنسية الأخرى.

(4) Cass. Civ. 1ere, arrêt Mercier du 20 mai 1936 : «Il se forme entre le médecin et son patient, un véritable contrat comportant pour le praticien l'engagement, sinon bien évidemment de guérir le malade, ce qui n'a d'ailleurs jamais été allégué, du moins de lui donner des soins non pas quelconque, mais consciencieux, attentifs et, réserve, faite de circonstances exceptionnelles conformes aux données acquises de la science. », Dalloz périodique, 1936, 1. 88, rapport, Josserand et conclusions Matter, RTD Civ. (Revue Trimestrielle de droit civil), 1936. 691, Observations, Demogue .

(5) Loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, JO (journal officiel), 5 mars 2002, voir F. Dreifuss-Netter, Feu la responsabilité contractuelle du médecin ? RCA (responsabilité civile et assurance), 2002 Chron.(chronique) n° 17.

(6) Cass. civ. 1ere , 3 juin 2010, « Le manquement à l'obligation de recueillir le consentement éclairé du patient ; qui repose sur le principe constitutionnel de la sauvegarde de la dignité de la personne humaine, dépasse la sphère contractuelle et ne peut être réparé que sur la base de l'article 1382 » D. (Dalloz) 2010, 1522, note P. Sargos.

كما ساهم الاجتهاد القضائي الإداري الفرنسي في توسيع مجال المسؤولية المدنية للطبيب إذ أصبح المستشفى العمومي يسأل مدنيا على أساس الاحتمالي العلاجي

Arrêt Banchi, Conseil d'Etat du 9 avril 1993

(7)P. Serlooten, Vers une responsabilité professionnelle ; Mélanges Hébraud, 1981, p 805, n° 13, J.S. Bergé (dir), La responsabilité professionnelle : une spécificité réelle ou apparente, LPA(les petites affiches) , 11/07/ 2001, p 3.

(8) ج ر (الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية)، 1985، عدد 8.

(9) راجع على التوالي: ج ر 1988، عدد 18، ج ر 1990، عدد 35، ج ر 2006، عدد47.

(10) ج ر 1992، عدد 52 .

(11) ج ر 2007، عدد 67.

(12) ج ر 2008 ، عدد 63.

(13) راجع المادتين 3 و 221 من المرسوم رقم 92-276 السالف الذكر.

(14) راجع على سبيل المثال، محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية 2006، بسام محتسب بالله، المسؤولية الطبية والجزائية بين النظرية والتطبيق، ط 1، دار الايمان دمشق، بيروت 1984، إبراهيم علي حماوي الحلبوسي، الخطأ المهني والخطأ العادي في إطار المسؤولية الطبية، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2007، إبراهيم السيد أحمد، الوجيز في مسؤولية الطبيب والصيدلي فقها وقضاء، دار الكتب القانونية، مصر 2007، فريد عيسوس، الخطأ الطبي والمسؤولية الطبية، دراسة مقارنة، ماجستير الجزائر، 2003، نبيلة نسيب، الخطأ الطبي في القانون الجزائر والقانون المقارن، ماجستير الجزائر، 2002، صويلح بوجمعة، المسؤولية الطبية المدنية، مقال، المجلة القضائية، 2001، 1، 61، محمد بودالي، المسؤولية الطبية بين اجتهاد القضاء الإداري والقضاء العادي، مقال، المجلة القضائية، 2004، 1، 17، كما نظمت عدة ملتقيات بشأن المسؤولية الطبية منها يوم دراسي نظمته المحكمة العليا بتاريخ 12 أفريل 2010 تحت عنوان المسؤولية الجزائية الطبية على ضوء القانون والاجتهاد القضائي، وملتقى من تنظيم جامعة عنابة بتاريخ 24/23 نوفمبر2011، تحت عنوان المسؤولية الطبية

S. Welsch, Responsabilité du médecin, Litec 2éme éd.2003 ; R. Savatier, La responsabilité médicale en France (aspects de droit privé), Revue Internationale de Droit comparé, 1976, Vol 28, n° 3 , p 493 ; G. Memeteau, La réforme de la responsabilité médicale et la remontée aux sources du droit civil, G.P(Gazette du palais). 1994. 2. Doctr. 1151 ; M. Sousse, Quelle réforme en matière de responsabilité médicale : G. P.2. doctr. 1159.

(15) راجع على التوالي المادة 138-2 مدني:"ويعفى من هذه المسؤولية الحارس..."، والمادة 134-2 مدني:"ويستطيع المكلف بالرقابة أن يتخلص من المسؤولية..."، والمادة 140-2 مدني: "مالك البناء مسؤول عن..."و140 مكرر مدني:" يكون المنتج مسؤول عن الضرر...".

(16) تنص المادة 554 مدني: "يضمن المهندس المعماري والمقاول متضامنين ما يحدث خلال عشر سنوات من تهدم كل أو جزئي فيما شيداه من مبان أو أقامه من منشآت ثابتة...".

(17) راجع على سبيل المثال المسؤولية البيئية التي تقوم على مبدأ الملوث الدافع ويتحمل بمقتضاها كل شخص يتسبب نشاطه أو يمكن أن يتسبب في إلحاق الضرر بالبيئة نفقات كل تدابير الوقاية من التلوث والتقليص منه وإعادة الأماكن وبيئتها إلى حالتها الأصلية، قانون 03-10 المؤرخ في: 19 يوليو 2003 يتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة، ج ر، 2009، عدد 6.

(18) راجع المواد من 133 إلى 135 من الدستور.

(19) تعتبر مؤسسات عمومية ذات طابع إداري، ولما كان المشرع قد أخذ بمعيار عضوي، فيلحق المستشفى العمومي بأشخاص القانون العامة، فيطبق عليه القانون العام.

(20) تنص المادة 124 مدني: "كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه، ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض".

(21) تنص المادة 77 من قانون رقم 90-11 يتعلق بعلاقات العمل: "النظام الداخلي هو وثيقة مكتوبة يحدد فيه المستخدم لزوما، القواعد المتعلق بالتنظيم التقني للعمل والوقاية الصحية

والأمن والانضباط...يحدد النظام الداخلي، في المجال التأديبي، الأخطاء المهنية ودرجات العقوبات المطابقة وإجراءات التنفيذ"، ج ر، 1990، عدد 17.

(22) تنص المادة 221 من المرسوم التنفيذي 92-276: "لا يشكل العامل التأديبي عائقا بالنسبة للدعاوى القضائية المدنية والجزائية...".

(23) على غرار حالات الاستعجالات التي تتطلب إسعاف مريض في حالة خطر أو كان المرض غير على الإدلاء بموافقته (المادة 44 من مدونة اخلاقيات الطب).

(24) راجع المواد 240 إلى 245 التي تجرم بعض الأفعال دون أن تكون صفة الطبيب ركنا من أركان الجريمة.

(25) وأحالت المواد 234، 235، 236، 237 من القانون رقم: 05-85 على تطبيق على التوالي المواد 243، 301، 422 مكرر 3، 243 و247 من قانون العقوبات.

(26) تنص المادة 10 من مدونة أخلاقيات الطب "لا يجوز للطبيب وجراح الأسنان أن يتخليا عن استقلالهما المهني تحت أي شكل من الأشكال".

(27) للتذكير كان النص قبل تعديليه بموجب القانون رقم: 10-05 يقضي بأنّ علاقة التبعية تتحقق: "متى كان (للمتبوع) له عليه (التابع) سلطة فعلية في رقابته وفي توجيهه"، وكان الغرض من تعديل النص هو تمكين الضحية من مطالبة صاحب المؤسسة بمسؤولة المتبوع عن أفعال تابعيه الذين يتمتعون بنوع من الاستقلالية على غرار المدير العام للمؤسسة.

(28) غير أنّ النظام القانوني هو نظام مصطنع من اختيار ووضع الانسان من بين خيارات أخرى على خلاف النظام الطبيعي أي العلوم الطبيعة التي لا دخل للإنسان فيها، بل هي من وضع الطبيعة، وإذا كانت العلوم الطبيعة تخضع لمبدأ السببية، فإنّ العلوم القانونية يحكمها مبدأ المساءلة.

(29) ولعلّ الاستعانة بمثال يكون مفيدا، فالكثير من البلدان ومنها الجزائر وفرنسا كرستا حرية المعتقد، غير أنّ رفع الآذان في ساحة عمومية بفرنسا يعدّ حتما مساسا بالنظام العام في حين يعدّ هذا السلوك أمرا طبيعيا في الجزائر، ونسجل نفس الملاحظ لو قام شخص بتناول الطعام نهارا في شهر رمضان في ساحة عمومية، فيكون ذلك السلوك عاديا في فرنسا باعتبار حرية معتقد، بينما يعدّ مثل هذا السلوك مساسا بالنظام العام في الجزائر.

(30) يصنف الفقه –عادة- الجزاء القانوني إلى صنفين: أحدهما ذا طابع عقابي لكون الجزاء يفوق المخالفة المتركبة من قبل المسؤول، فينطوي لا محالة على فكرة الانتقام بالنسبة للفاعل وفكرة الردع بالنسبة للغير، وهذا هو الأمر بالنسبة العقوبات الجزائية، وأمّا الصنف الثاني من الجزاء فيكون ذا طابع إصلاحي كونه يتناسب مع المخالفة المرتكبة، فتكون فكرة الانتقام مستبعدة، فلا يلزم الفاعل المسؤول إلا بجبر الضرر الذي أحدثه، وإذا كان بطلان العقد كأن يكون سببه – مثلا -غير مشروع يعدّ جزاء إصلاحيا، فلا شك في أنّه أيضا عقاب للمتعاقدين اللذين حرما من حقوق وواجبات كانا يريدان الحصول عليها، والحقيقة أنّ فكرة الجزاء لم تقتصر على هذين النوعين بل ظهر صنف جديد تماشيا مع تطور الفكر القانوني لاسيما من حيث الطابع الإنساني للقانون، فبدل الضغط على إرادة الفرد لحمله على احترام القانون بأسلوب التخويف والانتقام والترهيب، لجأ المشرع إلى أسلوب جديد وهو الترغيب

وإغراء الشخص فيحترم القانون، كمنح المستثمرين امتيازات ضريبية وغيرها، قد يظهر لأول وهلة أن منح مثل هذه الامتيازات يتعارض وفكرة الجزاء سواء أكان عقابياً أو إصلاحياً، ولكن لما كان الغرض من الجزاء هو الضغط على إرادة الفرد لحمله على احترام القانون وتطبيقه (ولذا؛ يجب أن يكون ماديا ومحسوسا وفورياً)، فلا نزاع ولا شك في أنّ أسلوب الترغيب يعد أيضا وسيلة ضغط وكلّ ما في الأمر أنّنا بصدد تطور الفكر القانوني تماشيا مع ما تطور الفكر الإنساني، وهل يمكن القوم أنّ العمل للنفع العام ليس بعقوبة (المادة 6 مكرر1 عقوبات)؟ وكتب أحد الفقهاء بشأن التطورات المعاصرة في هذا المجال:

«L'accent est mis sur l'amendement et finalement la récupération du coupable par la société. L'idée de rétribution tend à s'atténuer au profit du traitement.», M. Virally, La pensée juridique, LGDJ, p 119.

(31) فبدون جزاء يقول محمد سعيد جعفور تحولت القاعدة القانونية:" إلى مجرد نصائح ورجاء إن شاء الفرد اتبعها وإن شاء عدل عنها بما يترتب على ذلك من فوات هدف القانون"، مدخل إلى العلوم القانونية الوجيز في نظرية القانون، دار هومة، ص28، والقانون يقول سمير عبد السيد تناغو:" يلزم ولكنه لا يحتم، فهو يلزم لأنّ أوامره مقترنة بجزاء قهري..."، النظرية العامة للقانون، دار المعارف، 1986، ص67.

(32) وهذا على خلاف الخطأ الموضوعي الذي يكتفي بعنصر التعدي، ولا شأن لشخص الفاعل في تحديد الخطأ، تنص المادة 47 عقوبات: لا عقوبة على من كان في حالة جنون وقت ارتكابه الجريمة...".

(33) تنص المادة 9 من الرسوم التنفيذي رقم: 92-276: "يجب على الطبيب أو جراح الأسنان أن يسعف مريضا يواجه خطرا وشيكا، وأن يتأكد من تقديم العلاج الضروري له"

(34) تنص 42 من الرسوم التنفيذي رقم: 92-276: "للمريض حرية اختيار طبيبه أو جراح أسنانه أو مغادرته، وينبغي للطبيب أو جراح الاسنان أن يحترم حقّ المريض هذا، وأن يفرض احترامه، وتمثل حرية الاختيار هذه مبدأ أساسي يقوم عليه العلاقة بين الطبيب والمريض...".

(35) تنص المادة 43 من المرسوم التنفيذي السالف الذكر: "يجب على الطبيب أو جراح الاسنان أن يجتهد لإفادة مريضه بمعلومات واضحة وصادقة بشأن أسباب كل عمل طبي" راجع أيضا في نفس السياق المادتين 44 و45 من نفس المرسوم.

(36) تنص المادة 39 عقوبات المتعلقة بالأفعال المبررة: "لا جريمة :...إذا كان الفعل قد أمر أو أذن به القانون...".

(37) راجع علي فيلالي، الالتزامات، العمل المستحق للتعويض، ص171 و240، محمد مخلوفي، مسؤولية المتبوع عن فعل تابعه في القانون المدني الجزائري مقارنة بالقانونين المصري والفرنسي، ماجستير الجزائر، 1987، ص53.

(38) وعنون مقال صحفي نشرته جريدة

liberté، بتاريخ 2006/11/8، Un phénomène quasiment tabou dans notre pays. Enquête sur les erreurs médicales ,

ظاهرة محرمة من بلدنا: التحقيق في الأخطاء الطبية، وعنون مقال صحفي نشرته جريدة El Watan، بتاريخ 2009/09/09 بين المحرم والمكتوب Entre tabou et mektoub

(39) تنص المادة 20 من القانون رقم: 85-05: "يعد القطاع العمومي الإطار الأساسي الذي يوفر مجانية العلاج طبقا للمادة 67 من الدستور"، والجدير بالتذكير في هذا الشأن أنّ منظومة الضمان الاجتماعي تساهم في تمويل قطاع الصحة مع العلم أنّ أموال منظومة الضمان الاجتماعي هي أموال خاصة تتكون بالأساس من اشتراكات العمال وأرباب العمل (القطاع العام والقطاع الخاص).

(40) جاء في مقال صحفي تحت عنوان "الأخطاء الطبية في الجزائر...جرائم دون عقاب"، على لسان الأمين العام لمنظمة الوطنية لضحايا الأخطاء الطبية: "أنّ 95 بالمائة من ضحايا الأخطاء الطبية الذين لجأوا إلى المحاكم لم يتم تعويضهم في جلسات محاكمة استمرت لسنوات طويلة تجاوز بعضها 13 سنة..." جريدة الشروق، 2013/11/10.

(41) هناك بعض الالتزامات على عاتق الطبيب بتحقيق نتيجة، منها على سبيل المثال الالتزام بإعلام المريض، وعملية نقل الدم، وعملية التلقيح الاجباري، والعدوى بالمستشفيات واستعمل علاج جديد لم تتم بعد دراسته وتجربته وغيرها، وفي مثل هذه الحالات يفترض خطأ الطبيب لمجرد عدم تحقق النتيجة الملتزم بها وتقوم مسؤوليته ما لم يتم دفعها بسبب أجنبي، واقترح الفقه معايير عديدة للتمييز بين الالتزامين (هناك معيار Demogue وهو من مبتدع هذا التقسيم يقوم على طبيعة العمل، فيكون الالتزام ببذل عناية إذا كان المعني حرا ومستقلا في عمليه كالطبيب والمحامي، وأمّا العمل اليدوي البسيط فيرتب التزام بنتيجة، راجع: Le Tourneau & Cadiet, Droit de la responsabilité, Dalloz, 1996, n° 1530 . ويقوم معيار B.Starck على التمييز بين الالتزام الذي يتعلق بالسلامة الجسدية للدائن وبين سلامة أمواله، Domaine et fondement de la responsabilité sans faute RTDCiv,1958,457. ويستند فقهاء آخرون على الغرر أو الاحتمال الذي يتصل بالالتزام... Frossard, La distinction des obligations de moyens et de résultats, LGDJ,1985 n° 287.) , تتمحور كلها حول فكرة الغرر، فإنّ كان تنفيذ الالتزام خال من كل غرر كان الالتزام بنتيجة، وإذا كان تنفيذ الالتزام يتضمن احتمالا موضوعيا يحول دون تحقيق النتيجة كان الالتزام ببذل عناية، فلا يتوقف -مثلا- شفاء المريض على العلاج المقدم بل يكون مرهونا بالوضع الصحي للمريض، واستجابة جسمه للأدوية...الخ.

(42) ونقلت بعض الصحف قول وزير العدل بوجود فراغ قانوني في مجال المسؤولية الطبية، جريدة Horizons 13/04/2010، وصعوبة تحديد الخطأ الطبي، جريدة La tribune, 13/04/2010، وعنون مقال صحفي الخطأ الطبي يبحث عن تشريع L'erreur médicale cherche législation، نشرته جريدة Le Quotidien d'Oran 13/04/2010، كلّ هذه المقالات صدرت بمناسبة انعقاد ملتقي دولي حول المسؤولية الجزائية للطبيب نظمته المحكمة العليا وقد سبقت الإشارة إلى ذلك.

(43) جاء في مقال صحافي لجريدة الشروق بتاريخ 2012/05/11 أنّ مريضاً أصيب: "بشلل نتيجة خطأ طبي ناجم على عملية إزالة اللوزتين بإحدى المستشفيات العمومية، غير أنّ الطبيب الشرعي اعتبر الحالة بعيدة عن كونها خطأ طبيا..."، وجاء في مقال صحفي تحت عنوان احتقار وإنكار المسؤولية Mépris et déni de responsabilité، أنه عند ارتكاب

خطأ طبي فيسارع كل الممارسين من الأطباء ورئيس المؤسسة وكذا الإدارة إلى محاولة إخفاء التجاوزات، لاسيما وأنّ هناك تضامنا لاشك فيه بين أعضاء المهنة، جريدة El Watan, 09/09/2009.

(44) Vers l'émergence d'un nouveau système d'indemnisation des dommages corporels, Annales de l'Université d'Alger, numéro spécial 1, 2012.

(45) راجع على سبيل المثال الانتقادات الموجه للأمر 74-15 بشأن مقدار التعويض، المرجع السابق، ص 157 وما يليها.

(46) تنص المادة 33 من الدستور: "الدفاع الفردي أو عن طريق الجمعية عن الحقوق الأساسية للإنسان وعن الحريات الفردية والجماعية مضمون".

(47) راجع المادة 21 من القانون رقم: 09-03 يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، ج ر 2009، عدد 15.

(48) L'émergence d'un nouveau droit de l'indemnisation des dommages corporels, op., cit., p 9 & s.

(49) G. Viney, Traité de droit civil, Les obligations, La responsabilité LGDJ, 1982, p 24.

(50) المؤرخ في 25 يناير 1995 يتعلق بالتأمينات معدل ومتمم، ج ر، 1995، عدد 13.

(51) راجع المادة 184 من الأمر رقم: 95-07 السالف الذكر.

(52) H. Groutel, L'action directe de la victime contre l'assureur de responsabilité, Innovation et tradition, Responsabilité civile et assurances, mai 2000, p 8.

(53) المادة 42 من قانون 05-10 ج ر، 2005، عدد 42.

A. FILALI, L'indemnisation du dommage corporel : l'article 140 ter du code civil : la consécration d'un système d'indemnisation exclusif de la responsabilité civile , article in RASJEP(Revue algérienne des sciences juridiques économiques et politiques), 2008, 1, 97.

(54) التي يقتصر دورها كما هو معروف على الدفاع عن الحدود الوطنية – الجيش - وضمان الأمن العمومي – الشرطة – والعدالة.

(55) راجع على سبيل المثال الأمر رقم: 74-15، المؤرخ في: 1974/1/30 يتعلق بإلزامية التأمين على السيارات وبنظام التعويض عن الأضرار، ج ر 1974، عدد 15.

(56) أشار مقال صحفي إلى أنّه تم تسجيل ما لا يقل عن 300 شكوى عن الخطأ الطبي خلال السنتين الأخيرتين، El watan, 17/05/2008، وفي مقال صحفي آخر أشار إلى 500 شكوى عن الأخطاء الطبية خلال 03 سنوات منها 200 تمّ الاعتراف على أنّها أخطاء طبية من قبل منظمة الأطباء، El watan, 09/09/2009، ونشرت جريدة الفجر بتاريخ 2013/01/16 مقالاً صحفياً تحت عنوان "مجلس أخلاقية الطب يدق نقوس الخطر ويطالب الحكومة بالتدخل: 7 آلاف طبيب غير مؤهل يعالجون الجزائريين"، وأشار مقال صحفي إلى اعتراف رئيس المجلس الوطني لمنظمة الأطباء بوجود ما لا يقل عن 100 خطأ طبي سنويا على المستوى الوطني، Les débats 12/02/2013.

(57) راجع هند دفوس، الأخطار الاجتماعية، ماجستير الجزائر، 2006، ص 11، علي فيلالي، الالتزامات ، الفعل المستحق التعويض، موفوم للنشر، ط 2، ص339، راجع أيضا:

G. Lahlou-Khiar, Le droit de l'indemnisation entre responsabilité et réparation systématique, Doctorat, Alger, 2006, p 160 & s. ; F. Kessler, Droit de la protection sociale, Dalloz, p 8.

(58) راجع من بين المحاولات الفقهية لإيجاد أساس أكثر حماية للضحايا:

B. Starck, Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée, Thèse, Paris 1947 ; B. Starck, Domaine et fondement de la responsabilité sans faute, RTD Civ. 1958, p 475 ; H. Mazeaud, La faute objective et la responsabilité sans faute, D.1985, p 31.

(59) هذا من حيث المبدأ، والكل يعلم أنّ المسؤولية المدنية للحارس أو المنتج لا تشترط لتحقيقها خطأ المسؤول.

(60) راجع على سبيل المثال وليس الحصر القانون رقم: 90-20، يتعلق بالتعويضات الناجمة عن قانون العفو الشامل رقم: 90-19، ج ر 1990، عدد 35، والمرسوم التنفيذي رقم 94-91، يحدد كيفيات تعويض ضحايا أعمال الإرهاب وشروطه وسير صندوق التعويض، ج ر 1994، عدد 22، والمرسوم التنفيذي رقم: 97-49، يتعلق بمنح تعويضات وتطبيق التدابير المتخذة لصالح الأشخاص الطبيعيين ضحايا الاضرار الجسدية أو المادية التي لحقت بهم نتيجة أعمال إرهابية أو حوادث وقعت في إطار مكافحة الإرهاب، ولصالح ذوي حقوقهم، ج ر 1997، عدد 10، والمرسوم الرئاسي رقم: 02-125، يحدد حقوق ضحايا الأحداث التي رافقت الحركة من أجل استكمال الهوية الوطنية، ج ر 2002، عدد 25 .

(61) أشارت جريدة الشروق في عددها المؤرخ في 2009/07/14 أنّ 500 ضحية أخطاء طبية يتكتلون للدفاع عن حقوقهم والاستفادة من التعويضات في "المنظمة الوطنية للدفاع عن حقوق ضحايا الأخطاء الطبية"

(62) وهذا عن طريق التأمين الإجباري بالنسبة لحوادث المرور وعن طريق الضمان الاجتماعي بالنسبة لحوادث العمل، مع العلم أنّ التمويل يكون عن طريق الاشتراكات، فهو تمويل خاص، ولا تتدخل الدولة إلاّ في حالات استثنائية عن طريق صندوق خاص، صندوق ضمان السيارات Fonds de garantie automobiles.

(63) تدفع التعويضات من قبل صناديق خاصة fonds spéciaux أو من الخزينة العمومية، راجع على سبيل المثال المادة 70 من الأمر رقم: 69-107 بشأن صندوق ضحايا حوادث المرور،- ج ر 1969، عدد 108- والمادة 145-5 من المرسوم التشريعي رقم: 93-18 – ج ر 1993، عدد 88- الذي أنشاء صندوق تعويض ضحايا الارهاب والمادة 9 من المرسوم الرئاسي رقم 02-125 الذي قرر معاشات بعنوان ميزانية الدولة لفائدة ضحايا الأحداث التي رافقت الحركة من أجل استكمال الهوية الوطنية، ج ر 2002، عدد 25.

(64) G. Lahlou-Khiar, op., cit., p 328; Larroumet, L'indemnisation de l'aléa thérapeutique, D. 1999, Chron. p 33.

(65) يكون التعويض في هذا الإطار بقوة القانون، بدون شرط – نكتفي بصفة الضحية - ولا قيد –لا يمكن الدفع بالسبب الأجنبي- وينصرف إلى الأضرار الجسمانية دون الأضرار المادية، ويكون التعويض جزافيا ومحددا سلفا –على أساس المساواة بين ضحايا الأضرار الجسمانية – على أن يكون من خلال إجراءات إدارية دون الحاجة إلى اللجوء إلى القضاء، راجع التفصيل

بشأن النظام القانوني لتعويض الأضرار الجسمانية، علي فيلالي، الفعل المستحق التعويض، مرجع سابق، ص 361 وما يليها.

(66) « Le système de santé souffre d'un manque de crédibilité,100 erreurs médicales par an en Algérie », article de presse, Les débats du 12/02/2013.

(67) ذكر مقال صحفي أقوال رئيس المجلس الوطني لأخلاقيات الطب بمناسبة اليوم الدراسي حول المسؤولية الجزائية من تنظيم المحكمة العليا ، كما يلي :

« J'appelle à la dépénalisation de l'erreur médicale car le médecin ne doit pas être privé de sa liberté, d'autant plus qu'il existe un autre moyen qui est l'action civile aboutissant à un dédommagement matériel en faveur de la victime.», Tout sur l'Algérie, du 13/04/2010.

مركز المدّعي المتضرر من نشاط المرفق الطبّي

أ.د مراد بدران
جامعة تلمسان

¥

إنّ لجوء الأفراد إلى المرفق الطبي يكون في الغالب الأعمّ من أجل الحصول على العلاج، ولكن على الرغم من هذه المهمة النبيلة للمرفق الطبي، فإنّه قد يترتب على القيام بها بعض الأضرار التي تصيب الأشخاص الخاضعين للعلاج، بل وحتى الغير، مما قد يؤدي بهؤلاء إلى رفع دعوى ضد المرفق الطبي من أجل الحصول على التعويض، ونظرا لأنّ الإختصاص بنظر هذا النوع من المنازعات ينعقد للقضاء الإداري(1)، فإنّ ذلك معناه أنّ الأمر يتعلق بمنازعة إدارية يكون المدعي المتضرر فيها في الغالب الأعمّ صاحب المركز الضعيف في مواجهة الشخص العام المدعى عليه صاحب المركز القوي، وهذا ما من شأنه أن يصعب مهمته في الحصول على التعويض.

ومن أجل حصول المدعي المتضرر من نشاط المرفق الطبي على التعويض، فإنّه قد يؤسس دعواه على ركن الخطأ، وفي هذه الحالة عليه أن يقيم الدليل على وجوده، وإذا كان يبدو من الناحية النظرية أنّ عملية إثبات الخطأ تعدّ مسألة سهلة، فإنّ المدعي قد لا يتمكن من الناحية العملية من إقامة الدليل على وجود الخطأ وبخاصة مع التطورات الحاصلة في مجال الطبّ، وهنا يظهر بأنّ مركز المدعي يعدّ فعلا ضعيفا مقارنة بمركز المدعى عليه، ولكن على الرغم من ذلك، فإنّ القضاء الإداري قد تدخّل من أجل إعادة التوازن بين طرفي المنازعة الإدارية، وبالتالي تمكين المدعي من الحصول على التعويض (المبحث الأول).

على أنّ المرفق الطبي قد يرتكب أخطاء بسيطة، إلاّ أنّه يترتب عليها أضرار بالنسبة للمريض، كما أنّ الفرد الذي خضع للعلاج في المرفق الطبي قد يتعرض لأضرار دون أن يكون المرفق قد ارتكب خطأ، وهنا فإنّ القضاء الإداري – الفرنسي خاصة- لاحظ بأنّ قواعد العدالة تأبى أن يبقى المضرور من دون تعويض، لذلك أعاد النظر في مبادئ مسؤولية المرفق الطبي (المبحث الثاني).

المبحث الأول: مركز المدعي المتضرر في المسؤولية الطبية القائمة على أساس الخطأ

إذا كانت المنازعات المتعلقة بمسؤولية المرفق الطبي تعتبر منازعات إدارية، فإنّ ذلك يترتب عليه أنّ أحكام المسؤولية الإدارية هي التي تطبق في هذا المجال، على أنّ المسؤولية في المجال الإداري بصفة عامة والتي يعتبر الخطأ أساسا لها تقوم على ثلاثة أركان هي: الخطأ، والضرر الذي أصاب أحد الأشخاص، وعلاقة السببية بين الخطأ والضرر.

وقد جرى القضاء– سواء في فرنسا[2] أو في الجزائر[3]- على التمييز في نطاق هذا النوع من المسؤولية بين نوعين من الخطأ: الخطأ الشخصي[4]، والخطأ المرفقي[5]، إنّ هذا النوع الثاني من الأخطاء هو الذي نقصده في بحثنا دون النوع الأول الذي يخرج من مجال هذه الدراسة.

وإذا كانت القاعدة في مسؤولية الشخص العام المبنية على أساس الخطأ المرفقي أنّها تشترط الخطأ البسيط، (La faute simple)، فإنّ بعض الأحكام القضائية اشترطت الخطأ الجسيم (la faute lourde) لقيام مسؤولية الشخص العام، وذلك نظراً لأهمية بعض المرافق من الناحية الإجتماعية، والتي تواجه صعوبات متعددة أثناء قيامها بنشاطها، وقد اعتبر القضاء – الفرنسي - في وقت من الأوقات أنّ المرفق الطبي يعدّ من بين هذه المرافق، وبالتالي فإنّ النتيجة المترتبة على ذلك أنّ مركزه أقوى من مركز المدعي المتضرر من نشاطه (المطلب الأول)، ولكن نظراً لأنّ المدعي المتضرر من نشاط المرفق الطبي قد لا يتمكن من إقامة الدليل على ارتكاب هذا الخير لخطأ جسيم، فإنّ القضاء الإداري الفرنسي تدخل من أجل تسهيل مهمة المتضرر للحصول على التعويض (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الخطأ الجسيم كأساس للمسؤولية الطبية وانعكاسات ذلك على مركز المدعي المتضرر

في مجال القانون الخاص، فإنّ الخطأ، حتى ولو كان بسيطا يكفي لإقامة المسؤولية عن العمل الشخصي، أمّا فيما يتعلق ببعض الأضرار المترتبة على بعض الأنشطة الإدارية، فإنّه لإمكانية إقامة مسؤولية الشخص العام، يشترط وجود خطأ جسيم[6] الذي يلقى عبء إثباته على المدعي –من المفروض-، وهذا هو ما كان مطبقا في فرنسا بالنسبة لمسؤولية المرفق الطبي، إذ اشترط القضاء إثبات الخطأ الجسيم لإثارة مسؤولية المرفق الطبي عن الأعمال الطبية، وهذا على خلاف الأعمال العلاجية، التي يكفي فيها الخطأ البسيط لإقامة مسؤولية المرفق الطبي.

إنّ الذي يجب التأكيد عليه هو أنّ اشتراط الخطأ الجسيم لإقامة مسؤولية المرفق الطبي يرتبط بصفة عامة بصعوبة ممارسة النشاط، وهنا يجب مراعاة بعض الاعتبارات التي من شأنها أن تقوي مركز المرفق الطبي، وبالتالي تضعف مركز المتضرر من نشاط المرفق الطبي، وتقلل حظوظه في الحصول على التعويض، وذلك على الشكل التالي:

فمن جهة، فإنّ الأخطاء البسيطة التي ترتكب عند ممارسة النشاط الصعب تعتبر أخطاء مغتفرة، ومن العدل ألاّ يترتب عليها أية نتيجة، وهذا ما كان مطبقا في البداية في فرنسا على العمل الطبي، وما زال مطبقا في الجزائر، وهنا يظهر بأنّ المتضرر من نشاط المرفق الطبي سيتحمل لوحده الأضرار التي لحقته، ولن يتمكن من الحصول على التعويض ما دام أنّ الخطأ البسيط يعفي المرفق من المسؤولية.

ومن جهة أخرى، إذا كان الخطأ البسيط يكفي لإثارة مسؤولية المرفق الطبي، فإنّ هذا الأخير قد يتردد في القيام بأعماله وذلك خوفا من إثارة مسؤوليته، ومن هنا يبدو أنّه من العدل ومن المناسب أن تتمتع الأشخاص العامة عند ممارسة أنشطتها الصعبة بقدر من حرية التصرف تعفيها من المسؤولية، وإن كان في هذا تقوية لمركز الشخص العام المدعى عليه على حساب المدعي المتضرر الذي يجد نفسه في مركز ضعيف.

إنّ تضافر هذين الإعتبارين أديا بالقضاء الفرنسي في البداية، والجزائري لحد الآن إلى اعتبار أنّ الأخطاء البسيطة لا تثير مسؤولية المرفق الطبي، وفي هذا تقوية مركز المرفق الطبي على حساب مركز المدعي المتضرر من نشاطه.

ففي فرنسا ولغاية الستينات، فإنّ القضاء الإداري كان يشترط في بعض الحالات وجود خطأ بين ذو جسامة خاصة **(faute manifeste et d'une particulière gravité)**، وهذا بالنسبة لمستشفيات الأمراض العقلية، ومصالح السجون، أو خطأ ذو جسامة استثنائية **(faute d'une exceptionnelle gravité)**، وهذا بالنسبة لمصالح الضرائب، وفي هذه الفترة من الزمن يمكن القول بأنّ هذا الخطأ الموصوف هو الخطأ الجسيم[7].

إنّ هذا القضاء يتماشى في الحقيقة مع ما جاء في قضية **Blanco** من أنّ قواعد المسؤولية الإدارية تتماشى مع ضرورة التوفيق بين حقوق الدولة وحقوق الأفراد.

أمّا في الجزائر، فإنّ القاضي الإداري سار وما زال يسير على هذه الأحكام التي كان معمولا بها في فرنسا[8]، فقد ميّز بين الأعمال الطبية والأعمال العلاجية، فبالنسبة للأعمال العلاجية اشترط القاضي إثبات الخطأ البسيط لإقامة مسؤولية المرفق الطبي، أمّا بالنسبة للأعمال الطبية فقد اشترط القاضي الإداري الجزائري قيام المدعي بإثبات الخطأ الجسيم لإقامة مسؤولية المرفق الطبي[9].

إنّ هذا القضاء في الحقيقة يتماشى مع طبيعة الإلتزام الملقى على عاتق الطبيب بصفة عامة، والمرفق الطبي بصفة خاصة عند قيامه بعمل طبي، وإنّ هذا الإلتزام هو التزام بوسيلة (أو ببذل عناية)، ذلك أنّه لا يمكن أن يلتزم الطبيب بالشفاء، بل يلتزم فقط بتقديم العلاج ، وليس أي علاج بل العلاج الذي يتماشى مع المعارف العلمية التي تحصل عليها، وبالتالي فإنّه يكون واع بمسؤوليته.

ولكن ما تجدر الإشارة إليه أنّه إذا كان اشتراط الخطأ الجسيم لإقامة مسؤولية المرفق الطبي عن الأعمال الطبية يصب في صالح المرفق الطبي مما يقوي مركزه في الدعاوى المرفوعة ضده، فإنّه بالمقابل يضع المدعي المتضرر من نشاط المرفق الطبي في مركز ضعيف، ذلك أنّ هذا الأخير لن يتمكن في العديد من الحالات من الحصول على التعويض بالرغم من وقوع الضرر عليه، وهذا بسبب عدم تمكنه من إقامة الدليل على وجود خطأ جسيم ارتكبه المستشفى.

وفي هذا الصدد يمكن الإشارة إلى القرار الصادر عن مجلس الدولة الجزائري سنة 2002، حيث جاء فيه: "...حيث أنّ الخبرة...تبين بأنّ المستأنف عليها قد تلقت علاجا بالأشعة بكمية أكبر من الكمية المعتادة، إلاّ أنّها لم تبيّن النسبة المعمول بها طبيا، كما أنّ الملف خالٍ من أيّة شهادة تبين إقامة المستأنف عليها بالمستشفى...وحيث أنّه كان على قضاة أول درجة أن يتحروا أكثر قبل الفصل في الموضوع، نظرا لانعدام أي دليل يثبت ادعاء المستأنف عليها في تحميل مسؤولية الضرر الذي لحقها، مما يستوجب إلغاء القرار المستأنف لانعدام الدليل الذي يبين مسؤولية المستشفى..."[10]

ومما يعقّد أكثر من مهمة المتضرر من نشاط المرفق الطبي في الإثبات هو أنّ فكرة الخطأ الجسيم تعدّ فكرة مطاطة يصعب ضبطها بدقة، فإذا حاولنا أن نعرف هذا الخطأ، فإنّنا سنصل إلى نتيجة مفادها أنّ هناك خطأ آخر عكس هذا الخطأ الجسيم، وهو الخطأ البسيط، وهنا يجب الإشارة إلى أنّ هناك أخطاء تكون جسامتها شيئا بديهيا، في حين أنّ هناك أخطاء أخرى تعدّ عدم جسامتها شيئا بديهيا كذلك، ولكن بين هذه وتلك، هناك العديد من الأخطاء التي يتردد الشخص في تكييفها، هل هي أخطاء بسيطة أم أخطاء جسيمة[11]؟ وهنا نقول بأنّ الخطأ يعدّ جسيما إذا اعتبره القاضي كذلك، وهذا شيء جيد بالنسبة للمدعي لأنّ القاضي هو الذي يقرر مدى مسؤولية الشخص العام، وبالتالي حتى ولو كان

مركز المدعي المتضرر من نشاط المرفق الطي ضعيفا، فإنّ مسألة تقدير مدى جسامة الخطأ ليست متروكة للمرفق الطي، بل للقاضي.

المطلب الثاني: تدخل القضاء في مجال المسؤولية الطبية وانعكاسات ذلك على مركز المدعي المتضرر

إنّ المسؤولية على أساس الخطأ (حتى ولو كان جسيما) هي من المفروض مسؤولية على أساس خطأ يجب إثباته، وطبقا للمبادئ التي تحكم الإجراءات القضائية، فإنّ المدعي هو الذي يقع عليه عبء إثبات الخطأ الذي يدعيه، ونظرا لتطور الطب وظهور التخصصات المختلفة، وتطور آلات وأجهزة العلاج، واستعمال التقنيات الحديثة في المجال الطي، فإنّ إثبات هذا الخطأ (الجسيم) يكون صعبا للغاية، إن لم نقل مستحيلا.

ولكن على الرغم من ذلك، فإنّ إقامة الدليل على الخطأ يمكن أن تكون سهلة في بعض المنازعات التي يكون مركز المدعي فيها ضعيفا، وذلك بالنظر إلى الطابع التنقيبي للإجراءات القضائية الإدارية، وبما أنّ المنازعة الطبية هي منازعة إدارية، فإنّ القاضي الإداري الذي يفصل فيها قد يستعمل سلطاته التنقيبية، وعليه إذا اقتنع القاضي بالإدعاءات التي يدعيها المدعي، بإمكانه أن يأمر الإدارة بأن تقدم الوثائق التي يراها مناسبة أو ضرورية، وفي الكثير من الحالات، فإنّ القاضي يتوصل إلى ما يلي: "لقد نتج عن التحقيق بأنّ الخطأ المنسوب للإدارة قد ارتكب فعلا"[12] وهذا دون أن يقدم المدعي الدليل على ذلك، بل يكفي أن يبادر فيه من خلال إدخال الشك لدى نفسية القاضي بأنّ مزاعمه تعتبر صحيحة.

إنّ الطابع التنقيبي للإجراءات القضائية الإدارية[13] من شأنه أن يعيد التوازن بين طرفي النزاع الطي، وهنا تجدر الإشارة إلى أنّه إذا كان الدور التنقيبي للقاضي الإداري قد أنشأه القضاء الإداري، فإنّ المشرع الجزائري قد نصّ عليه في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وبالتالي أوجب على القاضي أن يستعمل هذه السلطة في حالة ما إذا اتضح له بأنّ مزاعم المدعي جدية ولكنه لم يتمكن من إقامة الدليل على ما يدعيه[14]، وهذا ما من شأنه أن يعيد التوازن بين طرفي الخصومة

وبالتالي يساعد المدعي المتضرر من الحصول على التعويض في الحالات التي يصعب عليه إقامة الدليل على ارتكاب المرفق الطبي لخطأ.

وبالإضافة إلى ذلك ومن أجل إعادة التوازن بين طرفي الخصومة الإدارية، فإنّ القضاء الإداري أقام قرائن على وجود الخطأ[15]، إنّ هذه القرائن من شأنها تغيير عبء الإثبات[16]، ذلك أنّ القاضي سيطلب من المدعى عليه أن يثبت بأنّه لم يرتكب الخطأ الذي رتب الضرر، فإذا تمكن من أن يثبت ذلك، فإنّه يعفى من المسؤولية، هذا؛ وتجدر الإشارة إلى أنّ المسؤولية على أساس الخطأ المفترض هي مسؤولية خطئية، إلا أنّ عبء إثبات عدم ارتكاب الخطأ يلقى على المدعى عليه، ففي حالة قيامه بإثبات بأنّه لم يرتكب خطأ، فإنّ المسؤولية لا تتقرر.

وطبقا لذلك، فإنّ الطفل الذي كان يبلغ أربع (04) سنوات من عمره، والذي كان يعاني من اضطرابات في دماغه عندما تم وضعه في سرير عادي في المستشفى، وسقط منه، يكشف عن سوء تنظيم المرفق[17]، كما يعتبر من قبيل سوء تنظيم المرفق وعدم وجود رقابة، عندما قام مريض مصاب بمرض عقلي وضع بمستشفى الأمراض العقلية، بالإستحواذ على سكين في مطبخ المؤسسة، وهرب من المؤسسة، ثم قتل بعد ذلك شاغل منزل مجاور للمستشفى[18]، إنّ اللجوء إلى "قرينة الخطأ" كان بالنسبة للأضرار المترتبة في ظروف لم يكن بالإمكان معرفتها بصفة جيدة **(n'ont pu être élucidées)**، على أنّه في حالة إقامة الدليل على عدم وجود الخطأ، فإنّ ذلك لا يعني عدم الإعتراف بحق المضرور في الحصول على التعويض.

إنّ هذه التقنية تساعد كثيرا المتضرر من نشاط المرفق الطبي، ذلك أنّه نادرا ما يتمكن المدعى عليه من هدم هذه القرينة، وهنا يظهر بأنّ القاضي الإداري يستعمل هذه التقنية من أجل إعادة التوازن بين طرفي الدعوى.

إنّ هذه التقنية استعملها القاضي الإداري الفرنسي في المنازعات التي تربط المستشفى العمومي بالأشخاص الخاضعين للعلاج فيه، ومع ذلك تجدر الإشارة إلى أنّ هذه المسؤولية ارتبطت في البداية بمسألة سوء سير وتنظيم المرفق، فإذا ترتب على العلاج الذي يقدم للأشخاص الخاضعين له في المؤسسات العمومية الإستشفائية ضرر غير عادي وغير متوقع، فإنّ القضاء كان يعتبر بأنّ هذه الأضرار لا يمكن أن تتحقق إلاّ بواسطة خطأ ارتكب في تنظيم وسير المرفق، وطبقا لصيغ قضائية أخرى، فإنّ الأضرار تبين بأنّ الأخطاء قد ارتكبت[19]، إنّ هذا القضاء جاء في البداية بمناسبة الأضرار غير العادية المترتبة على التلقيحات الإجبارية[20]، وبعد ذلك أصبحت الأضرار المترتبة على التلقيحات الإجبارية تعتبر حالات خاصة، وذلك بمقتضى القانون الصادر في 01 جويلية 1964، حيث تقررت المسؤولية من دون خطأ، كما أنّ مسؤولية الدولة تعدّ قائمة حتى ولو لم يتمّ التلقيح الإجباري في مستشفى عمومي أو مركز معتمد (قانون 26 ماي 1975).

إنّ هذه التقنية استعملها القاضي الإداري الجزائري، إذ اعتبر أنّ عدم مراقبة الآلات المستعملة من طرف أعوان المستشفى يعد خطأ مرفقيا[21].

وابتداءً من التسعينات، اتسع هذا القضاء في فرنسا ليشمل الأعمال الطبية التي يترتب عليها نتائج غير عادية[22]،المبدأ نفسه طبّق بالنسبة للأمراض المترتبة على العدوى الجرثومية التي تصيب المريض بسبب تواجده في أماكن العلاج (infections nosocomiales)، أو عند إجراء عمليات جراحية[23].

إنّ كل هذا يبين دور القاضي الإداري – الفرنسي خاصة- في إعادة التوازن في مجال المسؤولية الطبية التي يكون أساسها الخطأ، فبعدما كان يشترط الخطأ الجسيم لإثارة مسؤولية المرفق الطبي، أصبح يقيم قرائن على وجود الخطأ بالنسبة للأعمال العلاجية، ثمّ أقام قرائن على وجود الخطأ بالنسبة للأعمال الطبية، بل أكثر من ذلك، هناك حالات عديدة

اعتبر فيها بأنّ اشتراط إقامة الدليل على وجود الخطأ يعتبر تشدّدا، وذلك بالنظر إلى صعوبة إثباته، على الرغم من أنّ الخطأ قد ارتكب.

المبحث الثاني: إعاة القاضي النظر في مبادئ المسؤولية الطبية قصد تدعيم مركز المتضرر

إنّ التطور الهائل الذي وقع في المجال الطبي أدى إلى ظهور ما يسمى بـ: "خطر العلاج"، وفي هذا الصدد، اعتبر القاضي الإداري الفرنسي بأنّ بقاء الأسس السابقة للمسؤولية الطبية (أي الخطأ الجسيم) من شأنه أن يحرم المتضررين من نشاط المرفق الطبي من الحصول على التعويض، على الرغم من تعرضهم لأضرار بليغة، إنّ هذه الإعتبارات هي التي أدت بالقاضي الإداري الفرنسي إلى هجرة الخطأ الجسيم كأساس للمسؤولية الطبية (المطلب الأول)، والأخذ بالمسؤولية بدون خطأ في حالت أخرى (المطلب الثاني).

المطلب الأول: هجرة الخطأ الجسيم في المجال الطبي

إنّ انشغال القاضي الإداري بالدفاع على مصلحة المواطنين وحمايتها قدر المستطاع، أدى به إلى الإنتقال من الخطأ الجسيم إلى الخطأ البسيط في مجال المسؤولية عن العمل الطبي، وهذه المسألة لا تعدّ في الحقيقة خاصة بالمنازعة الطبية، بل هي ميزة أساسية تبين التطور الحديث للقانون الإداري[24].

وفي المجال الطبي، وقع تراجع قضائي في فرنسا في سنة 1992 مسّ العمل الطبي – الذي يتميز عن العمل العلاجي الذي يشترط فيه لإثارة مسؤولية المرفق الطبي الخطأ البسيط-، فلإثارة مسؤولية المرفق الطبي عن العمل الطبي، أصبح القاضي الإداري الفرنسي ابتداءً من سنة 1992 يكتفي بارتكاب المرفق الطبي للخطأ البسيط[25]، وهذا ما أكّد عليه القرار القضائي الذي اعتبر أنّ الأخطاء التي ترتب عليها أضرار، والمرتكبة عند عملية وضع الحمل تشكل خطأ طبيا من شأنه إثارة مسؤولية المستشفى[26]، إنّ هذا الحلّ طبق بالنسبة لجراحة الأسنان، وطب الحيوان.

وما يجب التأكيد عليه، أنّ المسؤولية التي يكون الخطأ أساسا لها لم تستبعد وذلك على الشكل التالي: فالخطأ البسيط كان يكفي في حالة الضرر الناتج عن كل ما لا يعدّ عملا طبيا، والذي يدخل ضمن شروط تنظيم وسير المرفق، فالأمر كان يتعلق بالأعمال العلاجية، وهنا استفاد المضرور من قرينة الخطأ.

ويتعلق الأمر من ناحية أخرى بسوء تنظيم المحلات واستعمال الأدوات غير المعقمة ونقص الحراسة وعدم التبصر، والتي اعتبر القاضي فيها أنّ الأمر يتعلق بتنظيم وسير المرفق.

كما أنّه إذا تمّ القيام بالأعمال الطبية في ظروف غير قانونية، فإنّ الأضرار المترتبة على ذلك لا يمكن فصلها على سوء تنظيم وسير المرفق[27].

كما أصبح القضاء يكتفي بالخطأ البسيط لإثارة مسؤولية المستشفيات ومؤسسات الأمراض العقلية التي لا تتوفر لديها مصلحة متخصصة في معالجة المرضى العقليين.

إنّ كل هذا التطور في مجال مسؤولية المرفق الطبي في فرنسا يبين مدى اهتمام القاضي الإداري الفرنسي بالمدعي المتضرر من نشاط ذلك المرفق، ما دام أنّ مركزه ضعيف مقارنة مع مركز المرفق الطبي، فالحرص على حماية حقوق المتضررين هي التي أدت بالقاضي الإداري إلى الإنتقال من فكرة الخطأ الجسيم إلى الخطأ البسيط لإقامة مسؤولية المرفق الطبي.

أمّا في الجزائر، فإنّ القاضي الإداري – على حدّ علمنا- لم يواكب التطور القضائي في مجال مسؤولية المرافق الطبية، إذ أنّه ما زال يأخذ بفكرة الخطأ الجسيم لإقامة مسؤولية المرفق الطبي عن أعماله الطبية، مما يؤدي بنا إلى القول بأنّه لم يعمل على حماية حقوق المتضررين من نشاط المرفق الطبي.

المطلب الثاني: المسؤولية بدون خطأ بسبب خطر العلاج

إذا كان سبب الضرر خطر خاص (un risque spécial) فإنّ ذلك من شأنه أن يبرر التعويض، ويكون ذلك على أساس المسؤولية بدون خطأ، وبالضبط المسؤولية على أساس المخاطر.

فلقد اعتبر القضاء الإداري الفرنسي أنّ الأضرار المترتبة على عمليات نقل الدم (خاصة في حالة الإصابة بجرثوم السيدا) تثير المسؤولية (مسؤولية مركز جمع الدم) حتى في حالة عدم وجود أي خطأ، وذلك بالنظر إلى المهمة الملقاة عليها من طرف النصوص القانونية[28].

على أنّ هذه المسؤولية أصبح يتحملها بعد ذلك المركز الفرنسي للدم (L'établissement français de sang) لأنّ هيئات نقل الدم (l'établissement de transfusion) تعتبر هيئات تخضع لعدم التركيز الإداري ولا تتمتع بالشخصية المعنوية.

ولقد طبّق مجلس الدولة الفرنسي مبدأ المسؤولية بدون خطأ بالنسبة للتجارب الخطيرة[29].

إنّ هذا القضاء طبّق بالنسبة للحالات المماثلة، من ذلك مثلا الأضرار التي يرتكبها المرضى العقليين الموجودين بمستشفيات الأمراض العقلية للغير، إذا خضعوا لتجارب جديدة للعلاج "كالخرجات من المستشفى من أجل إعادة تأهيلهم واندماجهم مع الحياة العادية"[30]، على أنّ هذا القضاء طبّق على الغير الذين تضرروا من أعمال المرضى الخاضعين للعلاج، فإذا كان اللجوء إلى هذه الوسيلة الجديدة للعلاج قد قرر لمصلحة المريض، فإنّ العدالة تقضي بأنّ الأضرار التي يسببها هؤلاء للغير يتحملها المرفق الطبي ليس على أساس الخطأ بل على أساس المخاطر، على أنّ القضاء اشترط لإمكانية تطبيق هذا النوع من المسؤولية ما يلي:

- أن يتعلق المرض باستعمال وسائل علاجية جديدة لضمان إعادة إدماج المريض في المجتمع.
- أن يترتب على هذه الوسائل خطر للغير.

- أن تبقى العلاقة قائمة بين المريض وبين المستشفى في ظلّ تجربة الخروج[31]

إنّ المبدأ نفسه يطبّق إذا كان المريض العقلي الذي بدأت تتحسن حالته الصحية قد وضع لدى عائلة قصد إعادة إدماجه في المجتمع، إلاّ أنّه قام بأعمال رتبت ضررا لتلك العائلة، فمسؤولية المستشفى تبقى قائمة[32].

إنّ هذا القضاء طبّق كذلك فيما يتعلق بمسؤولية المستشفيات، فالمستشفى العمومي يعدّ مسؤولا من دون خطأ إذا تعرض المريض المقيم فيه إلى خطر خاص بسبب تطبيق تجارب جديدة للعلاج، أو بصفة عامة بسبب تطبيق طرق علاجية جديدة.

وقد ذهب مجلس الدولة الفرنسي إلى أبعد من ذلك إذ اعتبر أنّ المريض بإمكانه أن يستفيد من نظام المسؤولية من دون خطأ، وإن كان قد حدد ذلك فيما يعرف بخطر العلاج (L'aléa thérapeutique)، وهنا تجدر الإشارة إلى أنّه إذا كانت هذه الطريقة هي الوسيلة الوحيدة لإنقاذ المريض، فإنّه يستبعد تطبيق فكرة المسؤولية بدون خطأ[33].

وقد حدد القضاء الإداري الفرنسي هذا النوع من المسؤولية (أي ضيّق منه) سنة 1993، إذ اعتبر بأنّه لإمكانية مساءلة المستشفى العمومي بدون خطأ عن عمل طبي، فإنّه لا بد أن تتوفر ثلاثة شروط هي:

- أن يشكل هذا العمل خطرا معروفا، إلاّ أنّ حدوثه يكون بصفة استثنائية.
- ألاّ يوجد أي سبب يتركنا نعتقد بأنّ المريض معرض له بشكل خاص.
- أنّ تنفيذ هذا العمل هو السبب المباشر لوقوع الضرر ذي الجسامة غير العادية، ومن دون أن يكون لذلك علاقة مع المريض[34].

من خلال كلّ ما سبق يتضح لنا بأنّ القضاء الإداري الفرنسي، ومن أجل سدّ فراغ المشرع في مجال المسؤولية الطبية، حاول أن يوجد حلا من خلال تعويض الضحايا المتضررين دون وجود خطأ الطبيب أو المستشفى، وبالتالي تقوية مركز المتضرر من نشاط المرفق الطبي،

لدرجة يبدو من خلالها أنّ الإلتزام الملقى على الطبيب كاد أن يتحول إلى التزام بوسيلة أو بنتيجة.

خاتمة

إنّ التطور الرّهيب لمسؤولية المرفق الطبي ترتب عليه تدعيم مركز المدعي المتضرر من نشاط ذلك المرفق، من خلال الدور الذي لعبه القاضي الإداري الفرنسي من أجل الحفاظ والدفاع قدر المستطاع وإلى أبعد الحدود على حقوق المتضررين من نشاط المرفق الطبي، إلاّ أنّ ذلك ترتب عليه أن الأطباء والمؤسسات الإستشفائية وهيئات التأمين خافت من أن يقع تراجع عن التزامهم بوسيلة.

إنّ هذا الخوف ترتب عليه أزمة حادة، تمثلت في أنّ هيئات التأمين قامت بفسخ عقود التأمين التي كانت تربطها بالأطباء، كما اشترطت إضافة مساهمات عالية جدا، وهذا ما احتج عليه الأطباء، وأكدّوا بأنّهم سوف لن يتدخلوا إلاّ في الحالات التي لا تشكل خطرا، وهذا تفاديا لإثارة مسؤوليتهم.

وفي ظلّ هذه الظروف، ومن أجل حلّ هذا المشكل ووضع حد للمواقف القضائية التي دعمت مركز المتضررين من نشاط المرفق الطبي، تدخل المشرع الفرنسي بموجب القانون الصادر في 04 مارس 2002، ووضع من خلاله مبادئ المسؤولية الطبية التي أعادت النظر في المواقف القضائية السابقة الصادرة في هذا.

إنّ أهم ما جاء في هذا القانون هو أنّ مسؤولية مهنيي الصحة، والمؤسسات والمصالح والهيئات التي تمارس فيها أعمال فردية للوقاية والتشخيص أو العلاج، لا تكون إلا على أساس الخطأ الذي يترتب عليه ضرر، وهذا معناه استبعاد تطبيق قضاء Bianchi وGomez، لذلك ومن أجلّ إقامة مسؤولية مهنيي الصحة، يجب إثبات وجود الخطأ.

ومع ذلك هناك حالات استثنائية كحالة العدوى الجرثومية (Infections nosocomiales) يمكن أن تتقرر فيها المسؤولية بدون خطأ بالنسبة لهيئات الصحة.

وإذا كان سبب تدخل المشرع الفرنسي هو الخوف من أن يغير القضاء من طبيعة التزام الطبيب والمستشفى، فإنّ هذا يدل على أنّ القاضي الفرنسي هو من أهمّ المدافعين على حقوق المتضررين، وهو ما نأمل أن يصل إليه القضاء الإداري الجزائري.

الهوامش والمراجع المعتمـــدة

(1) انظر المادة 800، والمادة 5/803 من القانون رقم: 08-09 المؤرخ في25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر.ج.ج. رقم: 21 الصادرة في: 23 أبريل 2008.

(2) T.C., 30 juillet 1873, Pelletier, p. 117, concl. David, D. 1874.3.5

(3) Cour suprême, Chambre administrative. 17 avril 1972, Belkaci c/ Ministre de la justice, Recueil d'arrêts, jurisprudence administrative, O.P.U., 1979.p. 59

انظر كذلك: مجلس الدولة، الغرفة الرابعة، القرار رقم 159719، 1999/05/31، القرار غير منشور.

(4) هذا الخطأ ينسب إلى الموظف شخصيا، وبالتالي فإنّ الاختصاص بنظر المنازعات الناشئة عنه يفصل فيها القضاء العادي الذي إن حكم بالتعويض، فإنّ الموظف هو الذي يعوض من ماله الخاص.

(5) هذا الخطأ ينسب إلى المرفق على الرغم من أنّ الموظف هو الذي ارتكبه من الناحية العملية، وبالتالي فإنّ الاختصاص بنظر المنازعات الناشئة عنه يفصل فيها القضاء الإداري الذي إن حكم بالتعويض فإنّ المرفق هو الذي يتحمل ذلك.

(6) René CHAPUS, Droit administratif général, T.1, 15ème éd, Montchrestien, 2001, p. 1304.

(7) René CHAPYS, op. cit., p. 1303.

(8)Cour suprême, Chambre administrative, Consorts BENSALEM c/Centre hospitalier d'Alger., Recueil d'arrêts, jurisprudence administrative, op.cit., p.123.

(9) رشيد خلوفي، قانون المسؤولية الإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، 1994، ص70 وما بعدها؛ انظر كذلك: مسعود شيهوب، المسؤولية عن المخاطر وتطبيقاتها في القانون الإداري، دراسة مقارنة، ديوان المطبوعات الجامعية، 2000، ص217؛ انظر كذلك القرار القضائي الصادر عن الغرفة الإدارية لدى المحكمة العليا سابق الإشارة إليه في قضية بن سالم؛

Voir aussi : M.M. HANNOUZ,A.R.HAKEM, Précis de droit médical à l'usage des praticiens de la médecine et du droit,O.P.U., 1992, p.132 et suite .

(10) مجلس الدولة، الغرفة الثالثة، الملف رقم 6641، 4 فبراير 2003، المركز الجامعي الاستشفائي ع، ضد س.ت.، القرار غير منشور

(11) René CHAPUS, op. cit., p 1294.

(12) «Il résulte de l'instruction que la faute alléguée à effectivement été commise»

(13) مراد بدران، الطابع التحقيقي للإثبات في المواد الإدارية، مجلة مجلس الدولة، العدد 09، 2009، ص 9 وما يليها.

(14) انظر المادتين 27 و2/819 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية سابق الإشارة إليه.

(15) Lambert FAIRE, Droit du dommage corporel,3ème éd, Dalloz, 1996, p. 670.

(16) محمد حسن قاسم، إثبات الخطأ في المجال الطبي، الدار الجامعية الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2006، ص95.

(17) C.E., 15 avril 1983, Ep. Rousseau , p. 156, D. 1984, TR, p. 379, obs, F. Moderne et . Bon.

(18) C.E., 12 octobre 1983, Rolland, p. 856,D. 1985,IR, p. 205, obs, F. Moderne et P. Bon.

(19) C.E., 23 janvier 1962, Meir, p. 122 : « intervention courante et de caractère bénin » (injection intra-veineuse) ayant provoqué la paralysie d'un membre ; 22 décembre 1976, Dme Derrid, . 576, J.C.., 1978, n° 18792, note J.- M. Auby : « acte de soin courant et de caractère bénin (injection intra-musculaire) ayant entrainé une paralysie des membres inferieurs ; 9 janvier 1980, Mme Martins, p. 47, D. 1980, IR, p. 318, obs, F. Moderne, J.C.P., 1981, n° 19651, note C. Devès : « soins courants » (perfusion) ayant entrainé la paralysie d'un membre ; 31 mars 1999, Assistance publique à Marseille, p. 2000, SC, p. 241, obs. P. Bon et D. de Bechillon, R.F.D.A., 1999, p.699 : Imputation d'une hépatite B aux traitements par injections effectuées à l'hôpital.

(20) C.E.Ass., 7 mars 1958, Dejous, p. 153, A.J., 1958, 2, p. 220, chron. J. Fournier et M. Combarnous, R.D.P., 1958, p. 1087, concl. Contr. B. Jouvin, préconisant l'institution d'une responsabilité sans faute/ en l'espèce la vaccination avait provoqué un abcès tuberculeux.

(21) مجلس الدولة، الغرفة الثالثة، 11 مارس 2003، م.خ. ضد مستشفى بجاية، مجلة مجلس الدولة، العدد 05، 2004، ص2008، ويتعلق الأمر بعملية جراحية أجريت لأحد الأشخاص على مستوى عظم الفخذ تطلبت وضع صفيحة ملولبة للمريض، إلاّ أنّ عظم هذا المريض أصيب بتعفن.

(22) C.E., 1er mars 1989, Ep. Peyres, p. 65, D. 1990, SC. P. 298,obs, P. Bon et P Terneyre ; C.A.A, Bordeaux6 mars 1990, centre hospitalier de Brive, p. 974, R.F.D.A., 1991, p. 439 ; C.E., 21 octobre 1990, C. Pelletier, p. 975, D. 1991, SC, p. 292,obs, P. Bon et P. Terneyre .

(23) C.E., 9 décembre 1988,Cohen,p. 431A.J., 1989, p. 405, obs, J. Moreau, D. 1989, SC, p. 347,obs, F. Moderne et . Bon,D. 1990, p. 487, note J.- J. Thouronde et J.-F. Touchard, Quot. Jur. 23 janvier 1989, p. 7, note F. Moderne.

(24) René CHAPUS, op. cit., pp. 1335 et s.

(25) تجدر الإشارة إلى أنّ اشتراط الخطأ الجسيم لم يزل كلية في فرنسا ابتداءً من ذلك التاريخ، ذلك أنّ القاضي الإداري اشترط قيام هذا الخطأ في بعض الحالات، إلاّ أنّ ما يجب التأكيد عليه هو أنّ الخطأ الجسيم أصبح في تراجع ابتداء من سنة 1992.

(26) C.E.Ass.,10 avril 1992, Ep. V…,p.171, concl. A.j., 1992,p. 355, concl.D. 1993, SC.p.146,obs, P.Bon et P. Teyneyre, J.C.P., 1992, n° 21881, note,J. Moreau,

L.P.A., 3 juillet 1992, p. 26, note, V. Haim, Quot. Jur., 23 juillet 1992, p. 6, note. M. Deguergue, R.F.D.A., 1992, p. 571.

(27) C.E., 9 novembre 1959, Sarotte, p. 591, J.C.P., 1959,11341, note. R. Savatier.

(28) C.E., 26 mai 1995, N'GUYEN. Dans cet arrêt on reconnaît la responsabilité sans faute de l'hôpital public dont dépend le centre de transfusion en raison des produits fournis par cet hôpital public, et donc des risques de contamination. A.J., 1995, p.508, chron. J.H. Stahl et D. Chauvaux, J.C.P., 1999, n° 22467, note J. Moreau,L.P.A., 17 mai 1996, p. 12, note F. Mallot, R.D.P., 1995, p. 1609, note A. de Lajarte, R.F.D.A.,1995, p. 748, concl S. Dael, E.D.C.E., 1996, n° 47, p. 373.

(29) C.E.Sect., 3 février1956, Thouzellier, p. 49, A.J., 1956, 2, p. 96, chron. F. Gazier, D. 1956,p. 597, note. J.- M. Auby, D.A., 1956,p. 51, note. F.- P. Benoit,J.C.P., 1956 ;n° 9608, note.D. Levy, R.D.P., 1956, p. 854, note. M.Waline.

(30) T.A. Pau., 18 mars 1964, Sempe, D. 1965,p. 312, note. F. Moderne ; C.E. Sect., 13 juillet 1967, Départ de la Moselle,p. 341, A.J., 1968, p. 419, note. J. Moreau, D. 1967, p. 675, note. F. Moderne,R.D.P., 1968, p. 391, note. M. Waline.

(31) حمدي علي عمر، المسؤولية دون خطأ للمرافق الصحية العامة، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، مصر 1995، ص 184.

(32) C.E. 13 mai 1987, MmePiollet, p. 172, A.J., 1987, p. 459, chron. M. Azibert et M. de Boisdeffré, D. 1988, SC, p. 163, obs. F. Moderne et P .Bon, L.P.A., 19 octobre 1987, note F. Moderne.

(33) C.A.A. Lyon., 21 décembre 1990, cons. Gomez, p. 498, A.J., 1991,p. 126.

(34) C.E., 3 novembre 1997, hôpital Joseph – Imbert d' Arles c/ Mme Mehraz, p. 412, A.J., 1997, p. 959, chron. T.-X. Girard et F. Raymond.

آليات تعويض الأضرار الناجمة عن الأعمال الطبية

د. بحماوي الشريف
المركز الجامعي لتامنغست

¥

يقصد بالعمل الطي ذلك النّشاط الذي يتفق في كيفيته وظروف مباشرته مع القواعد المقررة في فنّ الطب، ويتجه في ذاته إلى شفاء المريض، والأصل في العمل الطبي أن يكون علاجيا، أي يستهدف التخليص من مرض أو تخفيف حدته، أو يستهدف الكشف عن أسباب سوء الصحة، أو الوقاية من الأمراض[1].

وفنّ الطب من بين الفنون التي تشمل أصولا علمية ثابتة ومسلم بها من طرف أهل العلم والاختصاص، ولا يتسامحون في من يجهلها أو يتخطاها فيمن ينتسب إليهم، وهذه الأصول تتطلب منهم الكثير من التفكير والحيطة في أداء هذه الأعمال.

فالطبيب إنسان غير معصوم من الخطأ قد يقع فيه بمناسبة أدائه لهذه الأعمال، حيث إنّ هذه الأعمال التي يقوم بها الطبيب عديدة، مما يستدعي منّا البحث في تقسيماتها (المبحث الأول)، ثم نبحث في أهمّ الآليات القانونية التي من خلالها يتم تعويض المضرورين من هذه الأعمال (المبحث الثاني).

المبحث الأول: تقسيمات الأعمال الطبية وصورها

ميّز غالبية الفقه المعاصر[2] بين نوعين من الأعمال الطبية، أعمال طبية مادية وأعمال طبية فنية، ولقد كان السبب وراء هذا التقسيم هو محاولة التوفيق بين اتجاهين تقليديين متعارضين.

كان الرومان لا يخصون الطبيب بوضع متميز، حيث يكون مسؤولا عن كل خطأ يقع منه، وهو ما ذهب إليه شراح القانون الفرنسي القديم الذي كان لا يسأل عندهم الطبيب إلا إذا كان سيء النية[3].

في حين انقسم شراح القانون الفرنسي الحديث[4] إلى قسمين، قسم مؤيد لفكرة عدم مسؤولية الطبيب على أساس أنّ مسؤولية الطبيب لا تترتب إلاّ إذا كان الفعل الذي تترتب عليه المسؤولية ممكنا وقابلا للجزم، بثبوت وصف الخطأ فيه من دون وجود أي شك، وهو ما لا يتوفر في الأعمال الطبية التي تكون مبنية على فكرة الاحتمال.

واستند بعض الفقه[5] إلى حجة أخرى مفادها؛ أنّ إخضاع الطبيب للمساءلة يقلل من شأن شهادته العلمية ويضر بسمعة المهنة، ويحول دون تطورها، فالطبيب عندهم لا يسال إلاّ أمام ضميره أو أمام الرأي العام.

وذهب الاتجاه الآخر إلى أنّ الطبيب كأي شخص آخر معرض للمساءلة عن تعويض الضرر الذي يترتب على خطئه.

وفي سبيل التوفيق بين هذين الاتجاهين اقترح الفقيه ديمولوب ضرورة التفريق بين نوعين من الأعمال الطبية، الأولى أعمال مادية؛ وهي أعمال قد تصدر عن أي شخص عادي ولا شأن لصفة الطبيب فيها، أمّا الثانية فهي أعمال فنية لا يمكن استبعاد صفة الطبيب منها[6].

ونظراً لأهمية الآثار المترتبة على هذين النوعين من الأعمال وبخاصة فيما يخص التعويض، فإنّه يجدر بنا أن نوضّح المقصود من كل منهما، وذلك بعد أن نتطرق إلى تقسيماتها.

المطلب الأول: تقسيمات الأعمال الطبية

تقسم الأعمال الطبية في الأصل إلى نوعين، أعمال مادية، وأعمال فنية، فما مدى أهمية التفرقة بينها؟ هذا ما سنبحثه فيما يلي:

الفرع الأول: الأعمال المادية: وهي الأعمال التي لا تتصل بالأصول الفنية لمهنة الطب، ويمكن تقديرها دون الاعتداد بالصفة المهنية لمن يقوم بها، ومن صور العمل الطبي المادي أن يقوم الطبيب بإجراء العملية ويده مصابة بما يعيقها من الحركة، أو إجرائه عملية على الفخذ الأيسر بدلا من الأيمن، أو أن ينسى في جسم المريض آلة من الآلات الجراحية[7].

ومن قبيل الأعمال المادية أيضا قيام الطبيب بعملية جراحية وهو ثمل، أو تركه إناء ماء ساخن على مقربة من رجلي مريض فاقد الوعي من جراء التخدير فيحدث له حروقا[8]، ويدخل في هذه الأعمال أيضا الأعمال المنافية للشعور الإنساني، كرفض علاج المريض وتقديم الإسعاف له، أو عدم إعلامه وتبصيره بمرضه، أو إفشائه للسر المهني، أو عدم الحصول على رضا المريض، ويتمّ تقدير هذه الأخطاء وفقا لقوانين أخلاقيات مهنة الطب، ويستقل القاضي بتقديرها دون الحاجة لانتداب خبير.

وقد عرفت بعض أحكام القضاء المصري[9] الخطأ العادي للطبيب بأنّه الخطأ الذي يقع فيه الطبيب وهو يزاول مهنته، ومن دون أن يرتبط أو يتعلق بها.

ولم يختلف الفقه عن جوهر هذه التعريفات، فيعرفه البعض بأنّه "الخطأ الذي لا صلة له بالأصول الفنية للمهنة، كالإهمال وعدم الاحتراز اللذين يمكن أن يصدرا عن أي شخص"[10].

والواقع أنّ المشرع الفرنسي قد أجاز للطبيب القيام بأعمال الجراحة التي تمثل المساس بجسم الإنسان تحقيقا لمصلحة المريض، غير أنّه قيد هذه الأعمال بضرورة سبق الحصول على رضا المريض، بحيث يكون الطبيب مسؤولا إذا تجاهل هذا الإجراء[11].

وقد قضت محكمة النقض الفرنسية في هذا المقام باستقلال الضرر الأدبي المتمثل فيما يتولد في نفس المريض من أثر سيء على مشاعره وأحاسيسه، بسبب تجاهل الطبيب لإرادته[12].

كما قضت محكمة استئناف "روان" الفرنسية[13] بأنّ الجراح الذي يباشر تدخلا جراحيا لمريضه دون سبق الحصول على رضائه به، يكون معتديا على أحد أبرز حقوق المريض المرتبطة بشخصيته وهو حقه في قبول أو رفض هذا العمل الطبي، ويكون بذلك السلوك محدثا لضرر مستقل عن الأضرار التي يمكن أن تتولد عن التدخل الجراحي ذاته.

ونعتقد أنّ من أهم صور الخطأ المادي الذي يمكن أن يصدر من أي شخص الإهمال والرعونة وعدم الاحتراز، ونرى أنّه من الصواب التعرض لبعض الأمثلة لها.

أمّا الأول فيقصد به عدم اتخاذ الفاعل إجراءات احتياطية أو الحذر من عدم حدوث الفعل الإجرامي[14]، وعليه يجب على الطبيب اتخاذ كافة الفحوصات قبل إجراء العملية، كإجراء التحاليل الطبية، ومقابلة طبيب التخدير حتى تعرف حالة المريض الصحية بدقة.

ويبدأ الطبيب عادة بفحص المريض ظاهريا، من خلال ملاحظة بعض العلامات الي قد تظهر على جسم المريض، وذلك ليتحقق من ظواهر معينة قد تساعده على تشخيص المرض، ومن ثمة مباشرة طريقة من طرق العلاج.

ويعد عدم قيام الطبيب بإجراء الفحوص الأولية، قبل البدء في العلاج أو الجراحة إهمالا يرتب مسؤوليته، وقد استقر القضاء الفرنسي على أنّ إجراء الفحوص الطبية التمهيدية، يعدّ أمرا ضروريا قبل الإقدام على إجراء الجراحة أو تنفيذ العلاج، وبالتالي فإنّ الإهمال الواقع من الطبيب في إجراء مثل هذه الفحوص؛ يشكل خطأ في جانبه؛ تقوم به مسؤوليته[15].

وقد قضت محكمة بريطانية في حكم شهير لها في قضية Newton V. Newton's New Model Laundary, The Times, 3 Novembre 1959. بمسؤولية طبيب أخطأ في التشخيص نتيجة إهماله، عندما لم يكتشف أنّ هناك كسورا في جسم المريض، على الرغم من علمه بسقوط المريض من على ارتفاع سبعة أمتار، فأي طبيب من نفس التخصص كان سيقوم بتصوير المريض (إجراء الأشعة) على أساس أنّه معرض للكسر[16].

ونعني بالرعونة سوء التصرف وعدم تقدير الوضع كما هو متبع في الأحوال العادية لرعاية المريض، ويمكن تعريف الرعونة بأنّها فعل خطر يستهان به[17].

أمّا عدم الاحتراز فيقصد به عدم الحذر وتدبر العواقب أو الطيش أو عدم التبصر كما ينبغي من الشخص العادي لتدبر العواقب، الذي كان يعلم بوقوعها ولم يفعل شيئا لتفاديها أو يحتاط منها[18].

وسوف نتطرق إلى بعض صور الأعمال المادية بعد أن نتطرق إلى الأعمال الفنية، وذلك في الفرع التالي:

الفرع الثاني: الأعمال الفنية وهي الأعمال التي تتعلق مباشرة بمهنة الطب، حيث تكون لصيقة بصفة الطبيب ولا يتصور صدورها من غيره، كأعمال التشخيص والعلاج كأن يقوم طبيب غير متخصص في الجراحة بإجراء عملية جراحية لمريضه، وهذه الأعمال على درجة من الخطورة والغموض تجعل من الصعب على القاضي تقرير ثبوت الخطأ فيها دون الاستعانة بأهل الخبرة والاختصاص.

والحقيقة أنّ المحاكم تتوسع كثيرا في تحديد معنى الخطأ الفني، إذ تلقي في الكثير من الأحيان بعبء إثباته على الطبيب نفسه، كالأخطاء في الأشعة، وتفرض عليه مواكبة التطور العلمي، حيث لا يعذر الطبيب الذي يبقى متمسكا بعلوم أصبحت بفعل التطور العلمي نظريات غير صحيحة ومهجورة، وبخاصة وأنّ العلم في هذا الوقت قد وضع بين يدي الأطباء أجهزة جد دقيقة ومتطورة لو أحسنوا استعمالها لتجنبوا الكثير من الأخطاء[19].

ومن صور الخطأ المهني التي توجب مسؤولية الطبيب تأخر هذا الأخير عن المجيء للمريض لأنّ ذلك من شأنه أن يفوت فرصة الشفاء أو الحياة، فللوقت قيمة عظيمة في العمل الطبي، ولا يمكن للطبيب دحض المسؤولية إلاّ إذا أثبت أنّه كان وقتئذ يعالج حالة مرضية أكثر خطورة، أو حالت دون حضوره القوة القاهرة[20].

ويجب على الطبيب أن يحتاط كثيرا قبل إجراء العملية، وذلك بإجراء جميع التحاليل والفحوصات الإشعاعية، لأنّ المرضى يختلفون كل حسب طبيعة جسمه، فإذا لازمه أي شكّ فعليه استشارة طبيب أخصائي، ويلزم الطبيب في هذه الحالة أن يعيد إجراء التحاليل بناءً على رأي الطبيب

الأخصائي، فإن لم يقتنع فعليه باستشارة أخصائي آخر، بعد أن يكون قد قام بواجب الإعلام الذي يفرضه عليه القانون(21).

وقد أقرّ القضاء الفرنسي مثل هذه المسؤوليات في حكم(22) لمحكمة "ايفرو" حين عرض عليها، أنّ سيدة تشكوا من آلام في بطنها، فذهبت إلى الطبيب، وبعد الفحص رأى أنّ عندها ورما في الرحم، فأراد استئصال هذا الورم، وقام بإجراء تدخل طبي جراحي، فظهر أنّها لم تكن ذات ورم وأنّها حامل بجنين في نهاية أيام الحمل، فأجرى لها عملية قيصرية، وأخرج الجنين حيا، ولكنها توفيت بعد ساعات من العملية، وبعد رفع الدعوى على الطبيب قرر الخبراء أنّ الحمل من الحالات الدقيقة ويحصل فيه الخطأ في الأدوار الأولى، ولكن في هذه القضية كان الحمل في أدواره الأخيرة، ولا مجال للخطأ في التشخيص، ولكن الذي تبيّن هو أنّ السيدة قد أوقعت الطبيب في الخطأ حينما أعطته معلومات غير صحيحة بزعمها أنّها غير متزوجة، الأمر الذي جعل الطبيب يتوهم أنّ لديها ورما ليفيا في الرحم، غير أنّ المحكمة قد أدانت الطبيب من منطلق أنّه فتح بطن المريضة وتحقق من وجود الجنين، ورغم ذلك استمر في إجراء العملية القيصرية وأخرج الجنين من الرحم، فتحققت مسؤوليته، لأنّه كان يجب عليه أن يخيط الجرح ولا يعرض المريضة لمثل هذا الخطر.

والحقيقة أنّ الدافع الرئيسي الذي حدا بالفقه إلى التمييز بين الأعمال المادية والأعمال الفنية للطبيب، يتمثل في الرغبة في إبعاد القضاء عن الخوض في مسائل فنية وقضايا تقنية، يعتقد الفقهاء أنّها أمور عملية تجري مناقشتها بين الأطباء أنفسهم، ضف إلى ذلك ضرورة توفير نوع من الطمأنينة داخل روح الأطباء حتى يتمكنوا من أداء عملهم بكل روح وتفان.

بينما يرى جانب آخر من الفقه والقضاء(23) أنّ الخصائص الفنية غير المؤكدة في علم الطب والتي تعتمد على التخمين، لا يجب أن يشغل بها القضاء نفسه، لأنّها ليست من اختصاصه بخلاف الأعمال المادية التي يبسط عليها القضاء سلطانه، وبالتالي يسأل كل طبيب عنها.

وتطبيقا لذلك قضت محكمة الإسكندرية الوطنية الكلية(24) بمسؤولية الطبيب عن خطئه في العلاج إذا كان الخطأ ظاهرا لا يحتمل نقاشا فنيا تختلف فيه الآراء، فإنّ وجدت مسائل علمية يتجادل فيها الأطباء ويختلفون عليها، ورأى إتباع نظرية قال بها العلماء ولو لم يستقر الرأي عليها فاتبعها فلا لوم عليه، على القضاء أن يتفادى النظر في المناقشات الفنية عند تقدير مسؤولية الأطباء، إذ مهمته ليست المفاضلة بين طرق العلاج المختلف عليها، بل قاصرة على التثبت من خطأ المعالج.

وعلى الرغم من ذلك فقد ذهب بعض الفقه(25) إلى أنّ الطبيب يسأل عن خطئه الفني إذا كان خطأً جسيما أو فاحشا أو خطأً لا يغتفر، فيوجد في الأعمال الفنية مبادئ وحقائق معترف بها وتعتبر مخالفتها خطأ جسيما يترتب عليه مسؤولية الطبيب.

وجدير بالإشارة إليه أنّ التفرقة بين الخطأ الفني والخطأ العادي لا تثور إلاّ في حالة الخطأ غير العمدي، أمّا إذا كان الخطأ عمديا فيفضي في كل الأحوال إلى مسؤولية الطبيب بصرف النظر عن نوع الخطأ.

والواقع أنّ نسبة الخطأ العمدي للطبيب تكاد تكون نادرة، خاصة تلك الأعمال التي تصدر منه، ولا يكون الغرض منها علاج المريض، كالقتل الرحيم مثلا، إذ يعطي الطبيب للمريض مادة قاتلة ليريحه من معاناة المرض، اعتقاد منه أنّه غير قابل للشفاء، أو كأن يبتر الطبيب لشخص عضوا كي يعفيه من أداء الخدمة الوطنية(26).

المبحث الثاني: آليات تغطية المخاطر العلاجية

نتيجة لزيادة المخاطر العلاجية، والتي نجم عنها الكثير من المشكلات، لكون الخطر لا ينبئ بنفسه قبل قدومه، ولأنّ التعويض المادي في قضية من القضايا قد لا يمكن للطبيب تغطيته في بعض الأحيان، ورغبة من الفقه في تحقيق المعادلة التي من شأنها التوفيق بين مصلحة المريض في التعويض، ورغبة الطبيب في توقي قيام مسؤوليته، فكر في إيجاد نظم وآليات تكفل الحماية للطرفين، فتضمن تعويض المضرور من جهة، وتحصن الطبيب ضد أخطائه من جهة أخرى.

ومما زاد الأمر تعقيدا ظهور الاكتشافات العلمية والتقدم التكنولوجي في مجال العلوم الطبية، وازدياد آمال المرضى بالشفاء معها، ونظرا لتأثير وسائل الإعلام على المرضى للمطالبة بحقوقهم تارة، ومهاجمة الأطباء تارة أخرى، ما أدى إلى إثقال كاهل الأطباء بازدياد عدد الدعاوى المعروضة أمام القضاء، وهو ما أدى إلى ظهور العديد من النظم القانونية، ومنها؛ الأنظمة الجماعية في التعويض (المطلب الأول)، والتأمين في المجال الطبي (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الأنظمة الجماعية في التعويض

نظرا للصعوبات التي يتلقاها المرضى في سبيل الحصول على التعويض الجابر للضرر، فقد نادى الكثير من الفقهاء[27] إلى ضرورة توفير حماية فعالة لهؤلاء المرضى، نتيجة للمخاطر المستحدثة المصاحبة للعمل الطبي، وقد استجاب القضاء لهذا النداء من خلال تكريسه لقرارات متميزة تعبر عن اجتماعية المسؤولية والتعويض.

والمسؤولية الجماعية لا تعدو أن تكون التزاما بالتعويض يقوم استقلالا عن فكرة الخطأ، ولكنها تستند كما رأينا إلى مفاهيم أخرى كفكرة تحمل التبعة، أو الحراسة أو الضمان أو التضامن الاجتماعي، وتجلت هذه الأنظمة في عدة صور أهمها تأمين الأضرار والمسؤولية، التأمينات الاجتماعية، والصناديق القومية للضمان[28].

فلم تعد المسؤولية التقليدية القائمة على الخطأ كافية لحماية المضرورين، فظهرت أسس عديدة للالتزام بالتعويض، وكان ذلك بمثابة ترجمة تشريعية للإحساس العام بالعدالة الذي يتجه إلى ضرورة تعويض ضحايا المخاطر العلاجية، وتحويله إلى واقع قانوني مناوئ لروح القواعد التقليدية للمسؤولية الفردية المتلائمة مع المعطيات المعاصرة لمرحلة إرساء المسؤولية في القانون المدني الفرنسي سنة 1804.

ولغرض تحقيق أفضل حماية للمضرورين من المخاطر العلاجية، خاصة وأنّ هذه الأضرار من قبيل الأضرار الجسمانية، التي تقتضي حماية خاصة، فقد نادى الفقه[29] بضرورة وجود التزام جماعي بالتعويض

لا يقوم على الخطأ، وإنّما على أساس التضامن الاجتماعي، من خلال التزام الكيان الاجتماعي بتعويض الأضرار التي تصيب أفراده، والتي من شأنها الإخلال باستقراره، وذلك من خلال الأنظمة الجماعية للتعويض.

والواقع أنّ هذا التوجه هو السائد في الوقت الراهن نحو حماية المضرور الضعيف، والأخذ بيده لتمكينه من جبر ضرره والحصول على التعويض بأيسر الطرق، وذلك نتيجة لزيادة المخاطر وتعاظم الأضرار التي باتت تهدد الأفراد في عصر الآلة، وهو ما استدعى التوسع في الأخذ بالمسؤولية الموضوعية في شتى الصور، سواء من خلال تكريس تشريعات خاصة، أو من خلال الدور الرائد للقضاء.

ولقد بات تدخل الدولة للتعويض أمراً لا غنى عنه، باعتبارها المدين الأكبر والأقدر على تعويض المضرورين، حيث إنّه في كل مرة لا يجد فيها المضرور مدينا موسرا غير قادر على السداد، أو عند عدم وجود الخطأ، أو عدم إمكانية نسبته لشخص معين، تجد الدولة حينها ملزمة بالتدخل باعتبارها المدين النهائي بالتعويض[30].

وقد أصل الفقيه (R.Savatier) لفكرة الأنظمة الجماعية للتعويض، وذلك بمناسبة رصده للنتائج التي أسفر عنها الاتجاه نحو المسؤولية الموضوعية، حيث ظهرت المسؤولية القائمة على أساس تحمل التبعة، وبروز فكرة التأمين، مشيرا إلى قيام الأنظمة الجماعية للتعويض والتزامها إلى جانب المسؤول، وأنّ ذلك إيذان ببدء عصر اجتماعية المسؤولية والتبعات الفردية، بعد أن عجزت المسؤولية الفردية عن توفير الحماية للمضرور في عصر الآلة والمشروعات الصناعية الكبيرة[31].

وفي الحقيقة اعتبر الفقيه R.Savatier أنّ ظهور الذمة الجماعية التي تمثل التزام المجتمع بالتعويض، ما هي إلا دليل على إفلاس الأفكار التقليدية، التي تقوم على إسناد المسؤولية لشخص واحد، ولتحقيق اجتماعية المسؤولية وجب توافر نوعين من الوسائل والآليات، آليات مباشرة وآليات غير مباشرة.

أولا: الآليات غير المباشرة: تتمثل في نظام التأمين من المسؤولية الطبية، حيث يمكن للمضرور الحصول على التعويض الجابر للضرر الذي لحقه، وذلك بالرجوع مباشرة على المؤمن.

ثانيا: آليات مباشرة: وتشمل هذه الوسائل صناديق التعويض، كصناديق تعويض مرضى الإيدز والحوادث الطبية، من خلالها يتم تعويض المضرورين، في الحالات التي يتعذر فيها تعويضهم عن طريق المسؤولية الفردية.

والواقع أنّ أنصار اجتماعية المسؤولية[32] لم يروا مانعا من بقاء المسؤولية الفردية، من خلال تقنية تمنحها استقلالية في أداء الوظيفة الرادعة للأخطاء المسببة للأضرار وهو ما من شأنه تحقيق التعايش بين النظامين المتكاملين، نظام المسؤولية الفردية واجتماعية التعويض، غير أنّهم تساءلوا عن مآل المسؤولية المدنية في ظل هذا التحول من الفردية إلى الاجتماعية، وما إذا كان ازدياد أعباء الاجتماعية العامة للأخطار من شأنه أن يؤدي إلى إضعاف النظم الجديدة، نتيجة العقبات الناجمة عن نظم غير ثابتة تتداخل فيها العلاقات بين المضرورين والمؤمنين والمسؤولين.

ومن المؤكد أنّ الحل المثالي لهذه العقبات يكمن في جعل الفرد مسؤولا عن الأضرار التي ألحقها بالغير، متى نشأت عن خطأ منه، حيث لا يمكن استبعاد الخطأ، إذ من غير العدالة أن يتحمل المجتمع تبعة الضرر الناتج عن خطأ الشخص، خاصة إذا كان جسيما، والقول بذلك من شأنه زعزعة نظام المسؤولية برمته، لذلك فإنّ نظام المسؤولية الفردية يبقى راسخا، غير أنّه يجب تعويض المضرورين الذين لا يمكن لهم نسبة الخطأ إلى شخص معين، أو الذين لحقتهم أضرار جراء التبعات الطبية.

المطلب الثاني: التأمينات الإلزامية

لقد أصبح للتأمين من المسؤولية الطبية دوراً بارزاً وأهمية قصوى في العصر الحديث، بعد أن أصبحت ممارسات الأطباء تحفها الأخطار من كلّ جهة، بسبب تطور مهنة الطب وشيوع الآلة وانتشار استعمال الأجهزة الطبية الحديثة، نتيجة تقدم العلوم والتكنولوجيا.

كلّ هذا التطور هذا التطور العلمي والتكنولوجي، وكلّ هذه العوامل ضاعفت من الدعاوى المطروحة أمام القضاء، مما دفع الرعب في نفوس مقدمي الرعاية الصحية، وفي ظلّ هذه المعضلة، كان لا بد من التفكير في آلية فعالة من شأنها أن تبعث الطمأنينة لدى المرضى والأطباء على السواء، وهو ما جعل الناس يلتمسون في التأمين حلا يقيهم شرّ هذه الأخطار(33).

فما مفهوم التأمين وما مدى فاعليته في المجال الطبي؟ وهذا ما سأعالجه من خلال الفروع الأتية:

الفرع الأول: مفهوم التأمين يعرف عقد التأمين بأنّه "عقد بموجبه يؤمن المؤمن له، من الأضرار التي تلحقه من جراء رجوع الغير عليه"(34)، أو هو عقد يضمن بموجبه المؤمن الأضرار التي تعود على المؤمن له، من دعاوى الغير عليه بالمسؤولية(35).

وقد عرفت المادة 56 من قانون التأمينات الصادر بالأمر رقم: 07-95 التأمين من المسؤولية بأنّه يضمن بموجبه المؤمن التبعات المالية المترتبة على مسؤولية المؤمن له بسبب الأضرار اللاحقة بالغير(36).

يقوم التأمين على إعفاء المؤمن له من العبء المالي الذي الناتج عن تحقق الخطر، وتوزيع المخاطر على عدد كبير من الأضرار، فهو يهدف إذن إلى تغطية الزيادة التي قد تصيب العنصر السلبي للذمة المالية للمؤمن له(37).

وقد نادى الفقه منذ 1930 بضرورة تأمين المرضى على أنفسهم، عن مخاطر العمليات الجراحية، على اعتبار أنّه سيجعل المرضى آمنين ضد المخاطر التي قد تحيق بهم من جهة، ويجعل الأطباء كذلك آمنين من ناحية دعاوى المسؤولية المهددين بها.

وقد ظهر التأمين من المخاطر العلاجية لأولّ مرّة على يد الفقيه Brisard الذي أسس لفكرة تأمين المريض المقدم على عمل جراحي علاجي

أو تحميلي، ضد الخطر الناجم عن ضعف مقاومة جسمه لظروف غير معروفة[38].

وقد ظهرت فكرة التأمين التكميلي Assurance complémentaire، التي تقوم على تعويض المضرور من الحوادث غير المتوقعة، التي قد تلحق بالمضرور أثناء التدخل الجراحي، دون تحريك لمسؤولية الطبيب الجراح، وبذلك يكتسب صفة التأمين التكميلي لتغطية الأضرار التي تخرج عن نطاق التزامات الطبيب ببذل العناية اللازمة، بالنسبة للأضرار الطارئة وغير المتوقعة، والتي لا يمكن نسبتها إلى شخص معين.

وانطلاقا من هذه الأفكار فقد ذهب بعض الفقه[39] إلى ضرورة الاستغناء عن النظام التقليدي في المسؤولية الطبية والتخلي عن نظامها المبني على أساس الخطأ، وإقامة أساس آخر للتعويض، يتمون من التأمين الطبي التعويضي الذي يغطي كل النتائج غير العادية للعلاج والتدخل الجراحي، ويقوم على الأقساط التي يدفعها الأطباء.

وتبدو أهمية التأمين جلية في مدى الازدهار الذي شهدته المسؤولية المدنية، حيث اتسع نطاقها بظهوره، معززا لوظيفتها التعويضية، وهو ما من شأنه تحصين الفرد من المسؤولية، أي ينأى به عن المساءلة عن الأضرار التي تلحق بالغير مهما كانت درجة خطئه.

وقد ظهر التأمين الإلزامي من المسؤولية الطبية، الذي قرر المشرعون أحكامه بفرض العديد من النصوص الآمرة، مشكلا دورا بارزا في حماية المسؤول مقدم الرعاية الصحية، وضمانا مهما للمضرور، مشكلا لدعامة قوية لنظام المسؤولية المهدد بالانهيار بسبب الإفلاس شبه المطلق لنظام المسؤولية، خاصة في مجال الأضرار الجسيمة، حيث يكون مقدار التعويض غير متكافئ مع ذمم الأفراد[40].

وقد أخذ المشرع الجزائري بإلزامية التأمين، على غرار التشريعات الأخرى، وتجسد ذلك في القانون رقم: 95-07 المؤرخ في: 1995/01/25[41].

كما ساهم التأمين في اتساع دائرة المسؤولية الموضوعية، حيث عزّز فكرة تحمل التبعة كأساس لتعويض المضرورين، وقد تزامن ذلك

مع اتساع مسؤولية الفرد لتتجاوز النطاق الشخصي، حيث بات مسؤولا عن أمور تتجاوز سيطرته، لتتعداها إلى أفعال التابعين والأشياء.

فالتأمين ضد مخاطر المهنة يتطلب ثلاثة شروط[42]:

- حصول المريض على حقوقه الكاملة والتعويض المادي عن الضرر الذي لحق به من جراء عمل طبي أو إهمال أثبت القضاء بأنّ مسؤوليته تقع على الطبيب.
- توفير الحماية الكاملة للطبيب، من خلال تحمل شركة التأمين دفع التعويض الذي تسبب فيه.
- ضمان استمرار شركة التأمين في التعاطي مع الأطباء بالتزام تام بتطبيق جميع بنود عقد التأمين المبرم بينهما.

وصفوة القول إنّ التأمين في نطاق المسؤولية الطبية سواء كان اختياريا أو إجباريا، فقد وفرّ حماية للمضرور، من خلال التعويض الذي يوفره عن الأخطار العلاجية غير المحتملة، والتي لا يمكن نسبتها إلى خطأ الطبيب، كما وفرّ حماية أيضا للطبيب إزاء الدعاوى المهدد بها، بمناسبة أخطائه التشخيصية أو العلاجية، لينتهي بنا القول إلى أنّ نظام التأمين قد وجد فيه الفقه والقضاء طموحهما حول البحث عن الآليات التي من شأنها تجسيد الحماية للمضرورين من المخاطر العلاجية.

الفرع الثاني: مدى فاعلية التأمين في المجال الطبي: يتمثل محل عقد التأمين من المسؤولية الطبية في ضمان المؤمن للآثار المالية الناجمة عن دعوى المسؤولية المدنية ضد المؤمن له[43]، فهو يغطي إذن المسؤولية المدنية للطبيب نتيجة الضرر الذي وقع على المريض بسبب أخطاء في التشخيص أو العلاج، وبصفة أعمّ عن كلّ الأعمال الطبية الصادرة منه.

ويشمل التأمين من مسؤولية الطبيب المدنية، الحوادث الناجمة التي تسببها المنقولات المستخدمة في علاج المريض، وما يصدر من أعمال طبية من مساعدي الطبيب[44]، ما دام الطبيب قد استعان به أثناء القيام بالعمل الطبي.

هذا وقد لقي التأمين كآلية لتغطية المخاطر العلاجية عدة انتقادات، حيث رفضه البعض، على أساس أنّ هذا النظام يؤدي إلى عدم العدالة، ذلك أنّ الطبيب الممتاز والناجح في عمله، يجد نفسه مساهما في تعويض الخطأ الذي يقع من غيره المهمل، كما أنّ هذا النظام قد يؤدي إلى الاتكال وعدم الرعاية والإهمال[45].

كما أنّ فكرة التأمين في المجال الطبي قد أثارت صعوبات، في مجال كيفية تحديد الضرر الذي يغطيه التأمين، حيث اقترح بعض الفقهاء وجوب التفرقة بين الضرر المألوف وغير المألوف، والضرر العادي وغير العادي، وأنّ التأمين يقتصر فقط على الضرر غير المألوف وغير العادي، وهو ما انتقده الفقيه سافاتيه معتبرا القول بأنّ الضرر الطبي في أغلب صوره يكون ضررا عاديا، يمكن للمريض تحمله، قول غير مقبول، لأنّ ذلك أمر احتمالي، مما أدى إلى اعتبار التأمين ساري على كلّ الأضرار والمخاطر الطبية دون تمييز[46].

ولقد أثارت فكرة التأمين في المجال الطبي صعوبات أخرى، من بينها كيفية تحديد مبلغ التعويض، خاصة إذا كان شاملا لكلّ الأضرار والمخاطر، حيث ذهب الفقيه تانك إلى أنّ جميع الأضرار يمكن تعويضها نقدا وأنّ تقديرها يكون مماثلا لتقدير التعويض في حوادث السيارات.

هذا؛ وقد ظهرت صعوبات أخرى فيما يتعلق بكيفية تحديد القسط الواجب دفعه مقابل الالتزام بالتأمين، حيث اعتبر الفقيه سافاتيه أنّ الزيادة في قيمة القسط الخاص بالتأمين هي بمثابة القيد على هذا النوع من التأمين والخاص بالتأمين من جميع المخاطر الطبية.

غير أنّ هذه الصعوبة قد رد عليها، على أنّ هذا النوع سيكون قاصرا على بعض المخاطر في حدود المعقول، خاصة في مجال العلاج الجراحي، وذهب بعض الشراح[47] إلى أنّه عند تحديد القسط المقابل للالتزام بالتأمين، ينبغي الأخذ في الاعتبار عمر الطبيب، وخبرته السابقة، ومدى تخصصه، والنسبة المئوية لوقوع المخاطر الطبية ومدى جسامتها، حتى يتسنى تحديد أقساط عادلة بين الأطباء.

خاتمة

يتبين مما سبق؛ أنّه لم تعد المسؤولية التقليدية القائمة على أساس الخطأ كافية لحماية المضرورين، فظهرت أسس عديدة للالتزام بالتعويض، وكان ذلك بمثابة ترجمة تشريعية للإحساس العام بالعدالة الذي يتجه إلى ضرورة تعويض ضحايا المخاطر العلاجية، فقد ظهرت أسس جديدة تقوم على أساس ضرورة مشاركة المجتمع في التعويض، ممثلا في تدخل الدولة بعنوان التضامن الاجتماعي.

كما ظهرت آلية تمثلت في ضرورة تأمين المرضى على أنفسهم، عن مخاطر العمليات الجراحية، على اعتبار أنّه سيجعل المرضى آمنين ضد المخاطر الي قد تحيق بهم من جهة، ويجعل الأطباء كذلك آمنين من ناحية دعاوى المسؤولية المهددين بها، خاصة إذا كان من العسير إثبات الخطأ الطبي في مواجهة القائم بالعمل الطبي، أو أنّ هذا الأخير لم يرتكب الخطأ.

الهوامش والمراجع المعتمـــدة

(1) انظر، منير رياض حنا، المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين، في ضوء القضاء الفرنسي والمصري، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط1، 2008، ص.140.

(2) ومن هؤلاء الفقيه ديمولوب، انظر سليمان مرقص، مسؤولية الطبيب ومسؤولية إدارة المستشفى، مجلة القانون والاقتصاد، السنة 7، العدد 2، 1937، ص.155.

(3) انظر، محسن عبد الحميد البيه، نظرة حديثة إلى خطأ الطبيب الموجب للمسؤولية المدنية في ظل القواعد القانونية التقليدية، مطبوعات جامعة الكويت، 1993، ص.13.

(4) انظر، محسن عبد الحميد البيه، المرجع السابق، ص.13.

(5) انظر، أسعد عبيد الجميلي، الخطأ في المسؤولية الطبية المدنية، دراسة مقارنة، دار الثقافة، عمان، الأردن، ط1، 2009، ص.190؛ وانظر، محمود محمود مصطفى، مسؤولية الأطباء والجراحين الجنائية، مجلة القانون والاقتصاد، السنة 18، القسم الثاني، ص.279، عن محسن عبد الحميد البيه، المرجع السابق، ص.14.

(6) انظر، إبراهيم علي حمادي الحلبوسي، الخطأ المهني والخطأ العادي في إطار المسؤولية الطبية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2007، ط1، ص.20.

(7) انظر، قرار صادر عن مجلس قضاء تلمسان، بتاريخ 19-01-1992، بين (ف.ج) من جهة و(مستشفى تلمسان) من جهة أخرى، إذ أن المريضة وعلى إثر عملية ولادة قيصرية بتاريخ 1983/04/01 بقيت تعاني من آلام بالمهبل. ولما قامت بفحص سونوغرافي اكتشفت جسما غريبا، فأجريت لها عملية جراحية بتاريخ 1986/30/20 حيث وجدت إبرة في مهبلها منذ

عملية الولادة. حيث أدانت الغرفة الإدارية المستشفى وحكمت لها بتعويض عن الضرر الذي لحق بها. مقتبس عن رايس محمد، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، دار هومه، الجزائر، 2007، ص.172.

(8) انظر، محمد عبد النباوي، المسؤولية المدنية لأطباء القطاع الخاص، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، المغرب، ط2، 2005، 109.

(9) انظر، استئناف مختلط بتاريخ 1910/02/03، مجلة المحاماة، السنة 24، ص.125؛ استئناف مختلط، بتاريخ 1912/12/29، مجلة المحاماة، السنة 15، ص.471 مقتبس عن محسن عبد الحميد البيه، المرجع السابق، ص.20.

(10) انظر، إيمان محمد الجابري، المسؤولية القانونية عن الأخطاء الطبية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2011، ص.105.

(11) انظر، خالد جمال أحمد حسن، إرادة المريض في العمل الطبي بين الإطلاق والتقييد، مجلة الحقوق، كلية الحقوق، جامعة البحرين، المجلد الخامس، العدد2، 2008، ص.149.

(12) Cass. Civ. 14/02/1973-Gaz.Pal. 1973-I-P.341.

(13) Cour d’appel de rouen , 10/12/1958.D.1959.Soom, P.60.

(14) انظر، منير رياض حنان المسؤولية الجنائية للأطباء والصيادلة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية،1989، ص.29.

(15) Voir. Cass civ. 2fev.1960. D.1960.j.501 عن منير رياض حنان المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين، المرجع السابق، ص.379.

(16) VOIR. Margaret Brazier- Medicine, patients and the law, P.127

مشار إليه في طلال عجاج، المسؤولية المدنية للطبيب، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس- لبنان، 2004، ص.253.

(17) انظر، إيمان محمد الجابري، المرجع السابق، ص.109.

(18) انظر، إيمان محمد الجابري، المرجع السابق، ص.111.

(19) من بين الأجهزة المتطورة حاليا جهاز تفتيت الحصى وجهاز الأشعة، والسونار والدوبلار، وجهاز تقدير الجهد القلبي، فعلى طبيب التخدير أن يجري قبل العملية اختبارا حول إمكانية تحمل التخدير، وأن يجري اختبارا لمدى تجلط دم المريض.

(20) انظر، إبراهيم علي حمادي الحلبوسي، المرجع السابق، ص.24.

(21) وفي كل الأحوال إذا أراد الطبيب الجراح أن يخالف أو يوافق رأي الطبيب المختص، فهذا يعني أن يكون هو المسؤول عن هذا الرأي وليس الطبيب المختص.

(22) انظر، حكم في 16 نوفمبر 1922، مقتبس عن إبراهيم علي حمادي الحلبوسي، المرجع السابق، ص26

(23) انظر، محسن عبد الحميد البيه، المرجع السابق، ص.17.

(24) حكم بتاريخ 1943/12/30 مقتبس عن محمد عبد النباوي، المرجع السابق، ص.110.

(25) انظر، سي يوسف زهية، حورية، الخطأ الطبي في المسؤولية المدنية، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، عدد خاص1، 2008، جامعة تيزي وزو، ص.65؛ وانظر، رايس محمد، المرجع السابق، ص.173 وما بعدها.

(26) انظر، محسن عبد الحميد البيه، المرجع السابق، ص.19.

(27) Voir, Savatier. René, Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourduit, 1er série, 3 ed, 1964,p333.

(28) انظر، آمال بكوش، نحو مسؤولية موضوعية عن التبعات الطبية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2011، .312.

(29) انظر، طه عبد المولى طه، المرجع السابق، ص.22.

(30) انظر، محمد نصر الدين منصور، ضمان تعويض المضرورين بين قواعد المسؤولية الفردية واعتبارات التضامن الاجتماعي، ص.175. نقلا عن آمال بكوش، المرجع السابق، ص.315. من غير العدل أن يلقى على عاتق المتسبب في الضرر بعبء غير متناسب مع جسامة التقصير المنسوب إليه، فذلك وإن كان أفضل من ترك هذا العبء يقع على عاتق المضرور الذي يخلو مسلكه من أي عيب، إلا أنه من شأنه أن يولد إحساسا مثبطا للعزيمة وقاتلا لروح المبادرة الفردية، لاستحالة تلاقي كل المخاطر، ولهذا بات من الضروري أن تنهض هذه الجماعة بهذا العبء عن طريق توزيعه على عدد كبير من الذمم المالية.

(31) Voir, Savatier, René, personnalité et dépersonnalisé de la responsabilité, Longes laborde de la coste, Paris, 1963,p.32. عن آمال بكوش، المرجع السابق، ص.317.

(32) انظر، آمال بكوش، المرجع السابق، ص.318.

(33) انظر، فاطمة الزهراء منار، مسؤولية طبيب التخدير المدنية، دراسة مقارنة، دار الثقافة، عمان، الأردن، ط1، 2012، ص.353.

(34) انظر، عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، الجزء السابع، المجلد الثاني، دار إحياء التراث العربي، لبنان ، بدون سنة المرجع السابق، ص.1241.

(35) C'est ainsi que les médeciins du secteur privé, contractent une assurance en respnsabilité civile, en prevision des dommages qu'ils sont susceptibles de créer et don't ils ont l'obligation de réparer. CF, M.M.Hannouz , A.R.Hakem, Précis de droit médical a l'usage des praticiens de la médecine et du droit, opu, alger, 2000, p.19.

(36) انظر، الأمر رقم 95-07 مؤرخ في 1995/01/25، ج.ر رقم 13، س1995. المتضمن قانون التأمينات.

(37) وفي هذا النوع من التأمين من الأضرار يكون الضرر الذي يصيب الذمة المالية للمؤمن له غير مباشر، بمعنى أنه يجب أن يكون هماك أولا ضررا يصيب شخصا من الغير، سواء في جسده أو في ماله، وهذا الضرر هو الذي يتحمل المؤمن له، بطريقة غير مباشرة نتائجه المالية حين يلزم بتعويض هذا للغير.

(38) انظر، آمال بكوش، المرجع السابق، ص.326.

(39) انظر، آمال بكوش، المرجع السابق، ص.326.

(40) انظر، فاطمة الزهراء منار، المرجع السابق، ص.360.

(41) هذا القانون قد ألغى قانون رقم 80-07 المؤرخ في 1980/08/09، انظر، أمر رقم 95-07 مؤرخ في 1995/01/25، ج.ر رقم 13، س1995.

(42) انظر، سهيل يوسف الصويص، المرجع السابق، ص.218.

(43) لقد فرق الفقيه السنهوري بين التأمين من المسؤولية والتأمين من الإصابات، فهما يتشابهان في كون كل منهما يضمن الإصابات الجسدية، إلا أن الإصابات التي يضمنها التأمين من المسؤولية تقع على الغير بفعل المؤمن له، بينما الإصابات التي يضمنها التأمين من الإصابات تقع على المؤمن له بفعل الغير. انظر، عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص.1642. وانظر، آمال بكوش، المرجع السابق، ص.334.

(44) وقد استبعد الفقه من الضمان عدة أمور منها، الآثار الناجمة عن أي تصرف طبي محظور من جانب المشرع، والأضرار الناجمة عن الانفجار والحريق، والأضرار الناجمة عن الحوادث الكهربائية، أو جريان الماء، والأضرار التي تقع على الأشياء والحيوانات عندما يكون المؤمن له مستأجرا أو منتفعا بها.

(45)انظر، حروزي عز الدين، المسؤولية المدنية للطبيب أخصائي الجراحة، دراسة مقارنة، دار هومة، الجزائر، د س ن، ص223؛ وانظر، السنهوري، ج7، مج2، المرجع السابق، ص1643.

(46) انظر، عبد الرشيد مامون، التأمين من المسؤولية المدنية في المجال الطبي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1986، ص.64.

(47) انظر، عبد الرشيد مامون، المرجع السابق، ص.67.

اَثار المسؤولية الطبيّة

أ.د محي الدين جمال
جامعة البـليدة (02)

تمهيد

متى قامت المسؤولية الطبية تترتب عنها اثار قانونيه، وهو وجوب الضرر اللاحق بالمريض أو ذويه، وجبر الضرر لايكون إلاّ وفق ما حدّده القانون أي وفق دعوى قضائية، فإذا كانت المحاكم قد حققت تقدما معتبراً نحو أحسن تعويض للضحايا، فإنّ المحاكم الادارية لم تبق مكتوفة الأيدي، بل أصبح القضاء الإداري في هذا المجال محفزا لمحكمة النقض حتى تخطو خطوة هامة نحو هذا الموضوع.

وقبل أن تضع محكمة النقض عام 1996 مبدأ الخطأ المفترض في مجال الإصابة بالعدوى كان مجلس الدولة الفرنسي قد أقرّ هذا من قبل، حيث اعتبر أنّ مثل هذه العدوى (التعفن) ناتجة عن خطأ في تنظيم وسير مصلحة المستشفي مفترضا كذلك خطأ الادارة [1].

إذا فلا جدوى للقول بوجود فعل ضار دون تقرير للمضرور في الحصول على تعويض، فهذا الأخير هو وسيلة القضاء على محو الضرر الواقع أو تخفيف وطأته وللمحكمة السلطة التقديرية في تقدير هذا الموضوع، وتستعين في ذلك بالظروف المحيطة بالواقعة، كما تتأثر أيضا بدرجة الخطأ، وهذا ما يعطي للمحكمة عند تقديرها للتعويض سلطة واسعة محكومة بمبدأ العدالة والتوازن بين الأطراف، إذا كان في غالب الحالات يكون التقدير سهلا ميسورا على المحكمة بظهور ووضوح عناصرها، وفي غالب الأحيان يأتي صعبا وشاقّا في الحالات التي تبدو فيها عناصر الضرر بارزة، ولكن هذا المجال لا يحول دون قيام المحكمة بتقدير التعويض[2]، وعلى ضوء ما تقدم سنتطرق إلى ثلاث محاور، نخصص المحور الأول لدعوى المسؤولية الطبية، والمحور الثاني إلى عبء إثبات عناصر

المسؤولية الطبية للمستشفيات العامة، أما المحور الثالث فسنخصصه إلى التعويض.

المحور الأول: دعوى المسؤولية الطبية

نظرا لتطور مهنة الطب من جهة، وكثرة الأخطاء الطبية من جهة ثانية، وازدياد الدعاوى المرفوعة أمام القضاء على فعل الأطباء والمستشفيات العامة، فالدعوى تعدّ هي الوسيلة القانونية لاقتضاء الحق في جبر الضرر[3]، اللاحق بالمريض أو ذويه جراء خطأ طبي أو خطأ علاجي، أو هي الوسيلة التي خولها القانون للشخص في اللجوء إلى القضاء الإداري للمطالبة بحقوق مستها تصرفات وأعمال الإدارة وأضرّت بها فمن المهم بالنسبة للمريض المضرور تحدي الشخص الإداري الذي يرفع عليه دعواه حتى لا يضيع حقه، فجبر الضرر يمكن أن يصور في ثلاث حلول:

الأول أن يتحمل الموظف (الطبيب) شخصيا المسؤولية تأسيسا على الخطأ الشخصي، الثاني أن تتحمل إدارة المستشفى المسؤولية تأسيسا على فكرة الخطأ المرفقي، والثالث أن تتوزع المسؤولية بين الطبيب والمستشفى، وللمضرور الحق أن يختار بين دعويين لتحديد الاختصاص أي: يرفع دعوى تعويض ضد موظف (الطبيب) على أساس المسؤولية المدنية طبقا للمادة 124 قانون مدني جزائري، أو يرفع دعوى تعويض ضد المرفق على أساس المسؤولية الادارية[4]، وهذا ما سنحاول التطرق إليه في هذا المحور ونقسمه إلى أطراف هذه الدعوى، والاختصاص القضائي بدعوى المسؤولية الطبية.

أولا: أطراف دعوى المسؤولية الطبية: متى توافرت أركان المسؤولية أصبح مرتكب الفعل الضار ملزما بالتعويض عمّا أصاب المضرور من ضرر وهذا بالالتجاء إلى القضاء وممارسة دعوى المسؤولية الرامية إلى التعويض التي تعتبر الوسيلة القضائية التي يستطيع عن طريقها المضرور من الحصول على حقّه من المسؤول عن الضرر الذي أصابه، وعليه سنتكلم عن أطراف دعوى التعويض، طالما كانت الدعوى طلب أحد حقه من الآخر في حضور القاضي ويقال له المدعي للآخر الذي يقال له المدعي

عليه، ومن ثمّ فإنّ أطراف الدعوى الموجهة ضد المستشفيات العامة هما المدعي المضرور والمدعي عليه المسؤول عن الضرر.

أ: **المدعي (المضرور)**: هو الشخص الذي يبادر برفع دعوى أمام القضاء أي هو المضرور الذي يباشر حقه في المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي أصابه، سواء كان هذا الضرر مباشرا، أو ارتدى عليه من ضرر أصاب غيره ومنه، فإنّ المدعي في دعوى المطالبة بالتعويض عن الخطأ الطبي هو المضرور الذي أصابه ضرر نتيجة العمل الطبي الخاطئ أو نتيجة خطأ طبي أو خطأ علاجي، فالمريض المتضرر يثبت له هذا الحق سواء كان الضرر ماديا أو معنويا، وفي حالة وفاته فإنّ الحق بالمطالبة بالتعويض ينتقل إلى خلفه(5)، وبالتالي فالمدعي في مسؤولية المستشفيات هو المريض أو ذويه في حالة وفاته، ولاتقبل دعوى المدعي إلاّ إذا توافرت فيه كافة شروط قبول الدعوى(6).

حيث يطالب المدعي بجبر الضرر الذي ألحق به جراء تصرف الإدارة (المستشفى)(7) ولا يشترط في الحالة الي يكون فيها المدعي المتضرر في حالة وفاة المريض من بين ورثة هذا الأخير، ذلك أنّ تعويض ذوي الحقوق لا يعتبر، لأنّ الإرث هو ما خلفه المورث من أموال كان قد جمعها حال حياته. أما التعويض عن الأضرار فهو يعطي الحق لكلّ من تضرر من الحادث وارثاً كان أم غير واث.

ولقد حدد القانون رقم: 31/88 المؤرخ في: 1988/07/19 المتعلق بإلزامية التأمين على السيارات وبنظام التعويض عن الأضرار، قد حدد ذوي حقوق الضحية في حالة وفاة ضحية حادث سير جسماني وميّز بينهم سواء في حالة وفاة الضحية البالغة أو القاصرة(8).

- في حالة وفاة ضحية بالغة: الزوج أو الأزواج، الأب والأم في حالة عدم ترك الضحية زوج و ولد.
- في حالة وفاة الضحية القاصرة: الأب والأم.

وفي هذا الصدد نجد قرار بيروش "perruche"، الذي منح الحق في التعويض للمولود بإعاقة نتيجة خطأ الطبيب لحق به ببطن أمه، وفي

نفس الوقت لذويه المتضررين من هذا الخطأ[9]، وقد جسد مبادئه هذه في قانون 04 مارس 2002 المتعلق بحقوق المرضى ومستوى النظام الصحي.

ب: المدعي عليه (المسؤول عن الضرر): هو شخص ترفع ضده دعوى أمام القضاء[10]، والمدعي عليه في المسؤولية الطبية هو المسؤول عن الضرر اللاحق بالمدعي، وقد يكون المدعي عليه هو الطبيب المخطئ أو الممرض أو أحد المساعدين، وإذا كان الطبيب تابعا لمستشفى عام، فإن كلا من الطبيب والمستشفى يكونان مسؤولين قبل المريض وفقا لقواعد المسؤولية التقصيرية للطبيب عن خطئه الشخصي والمستشفى باعتباره متبوعا يسأل عن أعمال تابعيه.

وقد سبق القول إنّ المستشفى يتمتع بالكيان القانوني "الشخصية المعنوية"، وبالتالي فهو يتمتع بالأهلية القانونية وأهلية التقاضي، ومن ثمّة فيمكن أن تترتب عليه حقوق وتتوجب عليه التزامات، فهي بذلك تكون خاضعة لقواعد المسؤولية، والمسؤول الذي تقام عليه الدعوى هو الشخص المعنوي"المستشفى العام" ذاته وليس ممثلوه الذين هم ليسوا إلا أعضاء يعمل بواسطتهم.

وهذا لا يمنع أن تقام المسؤولية على الشخص المعنوي وهم ممثلوه بصفتهم أفرادا، فيسأل الشخص المعنوي عن الخطأ المرتكب من قبلهم الذي سبب ضررا في علاج أو تشخيص المرض، فهو مسؤول عنه وبهذه الحالة يكون الشخص المعنوي متضامنين جميعا في المسؤولية.

وفي هذه الحالة إذا ما قام الشخص المعنوي بدفع التعويض للمتضرر فإنّ له الحق بالعودة على من خطأ من ممثليه (الأطباء) بكل ما دفع، لأنّ لا مسؤولية عليه في العلاقة بينه وبين ممثليه كونهم ارتكبو الخطأ فهم المسؤولون الأصليون عن تعويض الضرر.

كما قد يكون الممثل للشخص المعنوي تابعا أثناء ارتكابه للخطأ، ويسأل على أساس المسؤولية الشخصية عن فعله الضار، وفي الحالة الأولى تتحقق مسؤولية الشخص المعنوي باعتباره متبوعا.

وقد تكون المسؤولية مجتمعة وهذا في حالة اجتماع الخطأ الشخصي مع الخطأ المرفقي في إحداث الضرر للغير، وفي حالة ما إذا تسبب عدة أفراد في إحداث الضرر للمريض وتعذر تحديد كل من ساهم في الضرر ففي هذه الحالة فمسؤوليتهم تكون مسؤولية مجتمعة وليست مسؤولية بالتضامن.

وما يلحظ أنّ المسؤول عن ارتكاب الخطأ لايكون مسئولا إلاّ عن الضرر المتوقع فقط، أمّا مرتكب الخطأ التقصيري فيكون مسؤولا عن الخطأ المتوقع والخطأ الغير متوقع، فالمسؤولية المجتمعة تقوم بينهما فيما يشتركان في التعويض عن الضرر المتوقع، وينفرد مرتكب الخطأ التقصيري بالمسؤولية عن تعويض الضرر غير المتوقع، لذلك لا يمكن القول بأنّ تترتب المسؤولية التضامنية في حلّ المسؤولية المجتمعة ولا العكس لاختلاف الأثر بين المسؤولين.

وانطلاقا من نص المادة 124 من القانون المدني فإنّه متى ثبتت مسؤولية المدعي عليه (المرفق الصحي العام) عن حق المدعي في الضرر، فإنّه يتعين على القاضي متى وضعت القضية أمامه أن يلزم المسؤول بما يعوض المضرور ويجبر الضرر الذي لحق به[11].

ثانيا: الاختصاص القضائي بدعوى مسؤولية الطبية: لقد حسمت محكمة التنازع مسألة الاختصاص في فرنسا من خلال قرارات مبدئية، حيث حددت الاختصاص للجهات القضائية الإدارية على أساس الأخطاء عند ثبوتها الي تتصل بتنفيذ مهام المرفق العام، فبخصوص الأشخاص الذين يقومون بمهام بصفة عرضية، فإنّ مبادئ المسؤولية دون الخطأ هي الي تنطبق عليهم.

الواقع أنّ مسؤولية المرفق الصحي موقوف على قيام خطأ مرفقي ونظام هذه يختلف حسب طبيعة الخطأ ويترتب عنه:

- سوء تنظيم وسير المرفق الصحي.
- نشاط علاجي مضر للمرضى.
- نشاط طبي مضر بالأشخاص المرتفقين.

وفي الإجمال فإنّ محكمة التنازع في فرنسا قررت بأنّ الدعوى التي يرفعها المريض أو خلفه ضد طبيب أو جراح الذي يعمل بالمستشفى العام لخطأه في أداء عمله الطبي لا يختص بها القضاء العادي، لأنّ مثل هذه الأخطاء في حال ثبوتها تكون مرتبطة بتنفيذ خدمة عامة يقع على كل من الأطباء والمرضين أداؤها ومن اختصاص القضاء الإداري يمثل هذه الدعوى التي يرفعها المريض على الطبيب رفض التدخل لمنحه الحماية الطبية التي تستدعيها حالته، ولذا لزم إدارة المستشفى على تغطية الأخطاء الصادرة من تابعيها أثناء قيامهم بأعمال المرفق، فالمضرور ضمانا لحصوله على حقه ينبغي عليه اختصام المتبوع أمام القضاء الاداري.[12]

وحسب المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية فإنّ المحاكم الإدارية هي الاختصاص المحلي والنوعي في مثل هذه الدعاوى والتي تنص: (المحاكم الإدارية هي جهات الولاية العامة في المنازعات الإدارية، تختص بالفصل في أول درجة، في حكم قابل للاستئناف في جميع القضايا التي تكون الدولة أو الولاية أو البلدية أو إحدى المؤسسات العمومية طرفا فيها)

وبالتالي يختص القضاء الإداري وحده بدعاوى المسؤولية المرفوعة، ضد الأطباء والمساعدين في المستشفيات العامة، بسبب أخطائهم التي ترتكبونها أثناء قيامهم بعملهم، ولكن بشرط أن لا ينفصل ذلك الخطأ عن الخدمة الصحية المطلوب أداؤها، ولا يعتبر الخطأ منفصلا عن الخدمة، إذا ارتكب أثناء قيام الطبيب أو المرض بعمله الفني.

والهدف من جعل القضاء الإداري، هو المختص بالنظر في الدعاوى المرفوعة ضد الطاقم الطبي، هو حمل الإدارة لتغطية الأخطار الصادرة من تابعيها أثناء قيامهم بأعمالهم داخل المؤسسة.

وأنّ الأرجح أن يرفع المضرور وضمانا لحصوله على حقه، دعوى تعويض ضد مرفق لأنّ هذا الأخير دائما ميسور إذ ينبغي عليه الرجوع على المتبوع، وهي إدارة المستشفى أمام القضاء الإداري، ويكون لمؤسسة المستشفى العام، الرجوع على الطبيب، بدعوى مستقلة تسمى بدعوى

الرجوع أو الحلول[13]، لأيّ الرجوع على الموظف بما دفعه من تعويض على أساس خطأه الشخصي.

أما بالنسبة لتقادم الدعاوى المرفوعة ضد المستشفيات، سواء كانت عامة أو خاصة:

حيث تتقادم هذه الدعاوى ويكون بانقضاء 15 سنة[14]، ولا فرق في تقادم دعوى المسؤولية الطبية سواء كانت عقدية أم تقصيرية في القانون الجزائري، بخلاف تقادمها في القانون الفرنسي، أين تخضع المسؤولية التقصيرية للتقادم القصير وهو 03 سنوات من اليوم الذي علم فيه المضرور بحدوث الضرر، وتخضع دعوى المسؤولية العقدية للتقادم العادي وهو 15 سنة، وحساب مدة 15 سنة يكون من يوم العلم بوقوع الفعل الضار، وليس من يوم وقوع الخطأ.

وهذا ما ذهب إليه مجلس الدولة في قراره الصادر بتاريخ: 2000/01/31 أين قضى ضمن حيثيات قراره: "حيث أنّه يستخلص من أوراق الملف، بأنّ العملية الجراحية قد تمت في سنة 1966، وأنّ هذه الدعوى لم ترفع إلا خلال سنة 1995.

المحور الثاني:عبء إثبات عناصر المسؤولية الطبية للمستشفيات العامة

بديهيا تكون المسؤولية الخطيئية قائمة على أساس الخطأ الثابت، وطبقا للمبادئ المنظمة للإجراءات، يقع على عاتق الضحية إثبات الخطأ الذي يدعيه[15]، فإنّ تطبيق المبادئ العامة في القانون يؤدي إلى من يدعي أنّ ما أصابه من ضرر كان الفعل الضار هو السبب في حدوثه أن يثبت ذلك، وبعدها يتم مراقبة مدى تحقق الضرر وتوافر العلاقة السببية لتعويضه عما أصابه، والخطأ الطبي كونه فعلا يستوجب التعويض لمن ألحق به الضرر فإنّه واجب الإثبات، فإذا أراد إثارة مسؤولية المرفق الصحي يتطلب منه إثبات عيب أو نقص في تنظيم أو سوء تسيير المستشفى.

غير أنّه في المجال الطبي، يكون من الصعب إبراز وبدقة أصل بعض الأضرار إذ أن الضحية لا تصل إلى المعلومات التي تمكنها من جمع العناصر الضرورية لإثبات الخطأ، ففي حالات كثيرة يضطر فيها القضاء اللجوء

إلى أهل الخبرة للتأكد من وقوع الخطأ الطبي من عدمه والطرف المتسبب فيه بحيث يجب أن تتوفر قرائن واضحة فرابطة السببية لا تقوم في الحالات التي تشير فيها تقارير الخبراء إلى الصفة الإحتمالية مما يجعل مهمة الضحية عسيرة ومن هذا المنطلق سنتناول عبء إثبات الخطأ الطبي، وعبء إثبات ركني الضرر والعلاقة السببية ودور الخبرة في إثبات وقوع الخطأ الطبي.

أولا: عبء إثبات الخطأ الطبي: لمّا كانت مسؤولية الطبيب في المستشفى العام هي تقصيرية، فلا مجال للقول بأنّ التزامه يكون تحقيق نتيجة إلا في الحالات الاستثنائية، لأنّ الالتزام الذي يعتبر الإخلال به هو التحلي باليقضة والتبصر.

وكلّ خطأ مرجعه الإهمال أو الجهل أو الروعنة يعرض الطبيب لمساءلته متى أثبت المريض تقصيره في بذل عناية التي وعده بتقديمها له، وهنا على المريض إقامة الدليل أنّ الطبيب قد خالف هذا المبدأ الذي أقرته الجهات القضائية، وأنّه خالف أحكام المادة 45 من مدونة أخلاقيات مهنة الطب، وبيان انحراف الطبيب على أصول الفن الطبي المستقرة، وبصفة عامة التدليل على إنحراف الطبيب المعالج من السلوك المألوف له ومن نفس مستواه و وجد في نفس ظروفه الخارجية(16).

وقد يكون الالتزام بتحقيق نتيجة، وذلك في بعض الأعمال التي ينعدم فيها عنصر الاحتمال، نتيجة للتطور العلمي الحاصل فيها وهي:

- الالتزامات المتصلة بالواجبات الانسانية والأخلاقية للطبيب: كإلتزامه بإعلام المريض، وإلتزامه بالحصول على موافقة المريض.
- الالتزامات المتصلة ببعض الأعمال الفنية للطبيب: كتعيين فئة الدم أو العامل (RH) أو تحليل الدم، فقد أدى التطور العلمي إلى جعل عنصر الاحتمال في هذا التحليل معدوما على وجه التقريب(17).

بالإضافة إلى الضمان العام على عاتق المستشفى بسلامة المريض في إقامته وما يتناوله من أغذية ونظافته ومنه إصابته بالعدوى...(18).

إنّ القضاء المعاصر قد وسع من ميدان افتراض الخطأ من مسؤولية المستشفى لتمييزه بين أربع ميادين وهي:

- الحوادث المنسوبة إلى التطعيمات: إنّ ظهور ميكانيزم افتراض الخطأ في مسؤولية المستشفى يرجع إلى أواخر الخمسينات من القرن العشرين وخاصة في مجال التطعيمات الإجبارية وهذا قبل التدخل المشرع الفرنسي عن طريق قانون 1964/07/01 الذي أسّس بموجبه المسؤولية بدون الخطأ بسبب الأضرار الناجمة عن التطعيمات الإجبارية وهذا الموقف استعمل من طرف مجلس الدولة الفرنسية أي تطبيق نظرية المخاطر على التطعيمات ما دام أنّها مفروضة من قبل السلطات العامة، غير أنّ المجلس الفرنسي يبقى متمسكا بموقفه المدعم لفكرة إفتراض الخطأ.
- الأعمال العلاجية العادية: وهذا مثل إصابة مريض بشلل نتيجة حقنه داخل الأوردة وبهذا اعتبر القاضي أنّ الأعمال العادية التي تترتب عليها نتيجة غير عادية تشكل خطأ في تنظيم وسير المرفق.
- إصابة بعدوى جرثومية: أي العدوى التي تصيب المرضى أثناء إقامتهم بالمستشفى لأنّ من واجب المرفق أن يزود العمال الطبيين بعتاد ومواد معقمة.
- حوادث مختلفة: لقد طبق القضاء الإداري الفرنسي فكرة افتراض الخطأ في مختلف الميادين وخاصة في مجال الحرائق الفجائية التي تصيب الأطفال بعد العملية الناجمة عن استعمال عتاد المستشفى، إضافة في مجال إعلام المريض بحالته الصحية وخاصة المخاطر التي يتعرض لها أثناء العملية أو العلاج(19).

ثانيا: عبء إثبات ركن الضرر والعلاقة السببية

أ: **قيام العلاقة السببية بين الخطأ والضرر:** لا يكفي مجرد وقوع الضرر للمريض وثبوت خطأ الطبيب أو المستشفى بل يلزم وجود علاقة مباشرة بين الخطأ والضرر، وهذا ما يعبر عنه بركن السببية كركن ثالث من أركان المسؤولية.

وتحديد رابطة السببية في المجال الطبي، يعد من الأمور الشاقة والعسيرة نظرا لتعقد الجسم الإنساني وتغير حالاته وخصائصه وعدم وضوح الأسباب

للمضاعفات الظاهرة، وتعرف العلاقة السببية في المجال الطبي بأنّها تواجد علاقة مباشرة ما بين الخطأ الذي ارتكبه الطبيب أو أحد مساعديه والضرر الذي أصاب المريض المضرور، أي ذلك الخطأ هو السبب الذي أدى إلى وقوع الضرر بالمريض.

وتحديد قيام العلاقة السببية في المجال الطبي من عدمه، يعدّ مسألة دقيقة بالنسبة للقاضي، لذا عليه أن يبحث بنفسه العلاقة المنطقية التي تربط الخطأ بالضرر ويبعدها عن مجرد المصادفات المتوالية وهذا طبقا لعناصر كل دعوى معروضة عليه، وعليه في الخصوص في دعاوى المسؤولية الطبية، أن يراعي بمنتهى الحرص على خصائص المسائل الطبية فلا يسارع إلى وضع قرائن قد تأباها الحقائق العلمية، فالطبيب أو المستشفى لا يسأل عن موت المريض أو ضرره الجسدي إلاّ إذا كان خطأه هو السبب الأكيد لذلك[20].

ب: انتفاء علاقة السببية بين الخطأ والضرر: يمكن للطبيب أو أحد مساعديه نفي علاقة السببية من خطئه والضرر الحاصل للمريض، بأن يثبت قيام السبب الأجنبي الذي قد يكون حادثا مفاجئا أو قوة قاهرة أو خطأ المضرور أو خطأ الغير.

وتنص المادة 127 من التقنين المدني الجزائري: "إذا أثبت الشخص أنّ الضرر قد ينشأ عن سبب لا يد له فيه كحادث مفاجئ أو قوة قاهرة أو خطأ صدر من المضرور أو خطأ من الغير، غير ملزم بتعويض هذا الضرر ما لم يوجد نص قانوني أو اتفاق يخالف ذلك".

ويعرف السبب الأجنبي بأنه: (كلّ فعل أو حادث لا يد للمدين فيه وأدى إلى جعل منع وقوع العمل الذي أفضى إلى الضرر مرهقا أو مستحيلا)، والسبب الأجنبي قد يكون حادثا مفاجئا أو قوة قاهرة أو خطأ المضرور أو خطأ الغير.

- الحادث المفاجئ والقوة القاهرة force majeur ou cas fortuit: ويقصد بها (تلك التي تصدر عن حادث خارج إرادة الإنسان ولا يمكن نسبتها إليه، وليس من الممكن توقعها أو تفاديها)، ومن شروطهما:

- ألا يكون في الإمكان توقع الحادث عقلا بشكل مطلق لا نسبي.
- ألا يكون وقوعه في حدوث المألوف.
- ألا يمكن مقاومته والتغلب عليه.
- أن يكون معه تنفيذ الإلتزام مستحيلا.

مثال ذلك: وفاة المريض بالقلب إثر زلزال مفاجئ، ففي هذه الحالة لا يمكن إقامة مسؤولية إدارة لمستشفى عن ذلك الخطأ، ولكن إذا اشترك خطأ الطبيب مع القوة القاهرة فإنّ إدارة المستشفى ستتحمل جزءاً من المسؤولية[21].

وهذا ما قضت به محكمة إستئناف كولمار الفرنسية في إحدى أحكامها التي جاء فيها "أنّ المدعي عليه الذي يشترك خطؤه مع القوة القاهرة في إحداث الضرر فإنّه يحكم عليه بتعويض جزئي"[22].

1-**خطأ المضرور** la faute du malade: يعتبر خطأ المضرور أيضا صورة من السبب الأجني، أي يكون خطأ المضرور هو الذي أحدث الضرر، أي تكون بينه وبين الضرر علاقة سببية، وبذلك تنتفي المسؤولية عن إدارة المستشفى وعن الطبيب، حيث إنّ خطأ المريض ينفي الرابطة السببية إذا كان وجوده السبب في إحداث الضرر، وسواء كانت نتيجة لفعل إيجابي أو سلبي من المضرور، ومثال ذلك: الكذب على الطبيب مما يوقع الطبيب في أخطاء تضر بصحة أو حياة المريض، أو عدم إتباع تعليمات الطبيب المعالج، وفي هذا الصدد أريد الإشارة إلى ما تحصلت عليه من معلومات خلال لقاءاتنا مع بعض العاملين بالمستشفيات العامة حيث أكدوا لنا ما يلي: "أنّ هناك بعض المرضى الميقيمين بالمستشفى للعلاج، كجزء من علاجهم، منع الطبيب المعالج بعض أنواع الأكل، لكن خلال الزيارات العادية للمرضى، يستغلون هذه الفرصة ليأكلوا ما لذّ وطاب من أنواع المأكولات، ليقضوا بعد ذلك الليل كلّه في أسوء حال، ومنهم من يوشك على الهلاك لو لا تدخل المرضين، فما تكون النتيجة إلاّ أنّ المريض وبخطئه يكون قد أضر بنفسه[23].

2-خطأ الغير la faute du tiers: إنّ خطأ الغير، حالة تشبه حالة القوة القاهرة أو خطأ المتضرر، حيث ينفي المسؤولية، إذا كان هو الوحيد في إحداث الضرر(24)، فلا يتحمل الطبيب أو إدارة المستشفى العام فيها المسؤولية إذا ما أثبت أنّهما قد اتخذ الاحتياطات اللازمة لمنع وقوع الضرر بالمريض(25)، حيث تنتفي علاقة السببية نتيجة خطأ الغير، إذا كان الضرر الذي وقع بفعل الغير.

وبهذا قضت محكمة النقض المصرية على أنّ (خطأ الغير يقطع الرابطة السببية متى كان خطأ الغير كافيا بذاته لإحداث الضرر وقضت بأنّ فعل الغير لا يرفع المسؤولية عن الأعمال الشخصية إلاّ إذا اعتبر هذا الفعل خطأ في حد ذاته وأحدث وحدة الضرر...)(26)، وقد يشترك في إحداث الضرر خطأ الطبيب، وخطأ الغير، وخطأ المريض، فنكون هنا بصدد تعدد المسؤولية عن الضرر وعندها يتحمل كل واحد منهم المسؤولية، إذا تعذر تحديد نصيب كل منهم في المسؤولية(27)، مثال ذلك: انتفاء العلاقة السببية بين الضرر اللاحق بالضحية وعمل الطبيب، خطأ الأم في علاج ابنها المريض، بزيادة جرعات الدواء الموصوفة من الطبيب مادام أنّ تعليمات الطبيب كانت صحيحة، مثال آخر: خطأ الصيدلي الذي يقدم للمريض، دواء آخر غير الدواء الذي وصفه الطبيب.

ثالثا: دور الخبرة في إثبات الخطأ الطبي: قد تعترض القاضي أثناء محاولته الفصل في القضايا التي تعرض عليه مسائل ليس له علم بتفاصيلها وخباياها نظرا لطبيعتها الفنية، التقنية، أو العلمية التي تخرج عن إختصاصه قبل الفصل نهائيا في النزاع المعروض عليه، لذلك أجازت التشريعات للقاضي الاستعانة بأهل الفن والخبرة ممن يتميزون بالاستقامة والعلم والمعرفة. فقد نصت المادة 125 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ما يلي: "تهدف الخبرة إلى توضيح واقعة مادة تقنية أو علمية محضة للقاضي"

و تعدّ الخبرة الطبية عملا يقدم من خلاله الطبيب الخبير الذي يعنيه القاضي مساعدته التقنية، لتقدير الحالة الجسدية أو العقلية للشخص وتحديد سببها، مع تقييم الأضرار التي ألحقت بالمريض لتقدير

التعويض المستحق له على عاتق مرتكب الخطأ، وفي مثل هذه الحالات يحدد موضوع مهمة الخبير الطي بدقة ووضوح:

- فحص الضحية وتحديد الأضرار اللاحقة به بدقة وبيان أسبابها.
- بيان التقصير وعدم الاحتراز الواقع إن وجد.

فللقاضي أن يستعين بأهل الخبرة، فله أن ينتدب خبيرا أو أكثر لتحقيق الواقع في الدعوى، وإبداء الرأي في المسائل الفنية التي يصعب عليه استقصاؤها، وهذا ما نصت عليه المادة 126 ق.إ.م.إ[28]، وذلك قصد توضيح الأمور الغامضة له في القضية لمعرفة ما إذا كان الطبيب قد أخطأ في عمله أم لا، غير أنّه ليس كل خطأ ينسب إلى الطبيب يحتاج إلى خبرة طبية، لأنّ هناك حالات يظهر للعيان خطأ الطبيب فيها دون حاجة لتعيين خبير للتأكد من ذلك مثل التقصير في بذل العناية اللازمة بالمريض، أو الإخلال بواجبات الحيطة والحذر، إذ يراقبها القاضي مباشرة.

ونظرا للأهمية التي تكتسيها الخبرة الطبية، فإنّ المشرع الجزائري وتأكيدا منه لهذه الأهمية نص على كيفية ممارسة الطب وجراحة الأسنان بمقتضى الخبرة في مدونة أخلاقيات الطب[29].

وتجدر الاشارة إلى أنّه لا يمكن للطبيب الخبير أن يكون نفسه الطبيب المعالج والخبير لنفس المريض ويجب على القاضي الذي يعين خبيرا طبيا لتحديد المهام المسندة له بالتدقيق، مع مراعاة مسألة الاختصاص.

رغم كون الخبرة الطبية تتعلق بأمور فنية، فهذا لا ينفي السلطة التقديرية للقاضي الذي يمكن له الأخذ بها كليا أو جزئيا، وله أن يستبعدها كونها غير ملزمة له، فالطبيب الخبير عند انتهائه من مهامه التي كلف بها يقدم تقريره أمام المحكمة خلال الآجال المحددة له، وعندها يقوم القاضي بدراسة التقرير ومناقشته فإذا رأى أنّ الخبير لم ينجز كل مهامه أو قام بها على نحو غير لائق، فيمكن له أن يأمر باستبعاد الخبرة وتعيين خبير آخر للقيام بنفس المهام، كما له أن يأمر بإجراء خبرة تكميلية يتولاها نفس الخبير أو خبير غيره، لكن إذا تعلق الأمر بورود مصطلحات طبية أو أمور لم يستوعبها القاضي فله أن يستدعي الخبير للحصول

منه على الإيضاحات والمعلومات الضرورية التي تنوره للفصل في النزاع طبقا للقانون.

يرى البعض أنّ القاضي عند تقديره للخطأ الطبي المهني يجب أن يكون في غاية الحكمة والحذر فلا يقرّ بثبوت خطأ الطبيب إلاّ إذا ثبت ثبوتا قاطعا أنّ الطبيب قد خالف عن جهل وتهاون أصول الفن الطبية الثابتة والقواعد العلمية، بحيث لا يدع مجالا للشك أو الجدال قياسا بطبيب وسط من نفس المهنة والاختصاص، وإذا كان الخطأ الطبي المنسوب للطبيب يتصل بمسائل أو نظريات علمية لا تزال موضع خلاف ولم يستقر الجدل عليها بعد، فلا يجوز للقاضي اقحام نفسه في الفصل بهذا الجدل العلمي الفني وعليه عدم اعتبار الطبيب مخطأ أمام هذه المعطيات[30].

المحور الثالث: التعويض: يجب على الضحية تحديد الجهة المسؤولة عن دفع التعويض، والتي يرفع ضدها دعواه إذ أنّ أي فعل كان يرتكبه الشخص بخطئه، ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض، فقد أدرج الفقهاء على المجاهرة بأنّ المضرور إذا قاضى الإدارة مطالبا بالتعويض فإنّه لا يستطيع إثبات مسؤوليتها إلاّ إذا كان الخطأ مصلحيا ومن هنا نثبت الأهمية العملية للتفرقة بين الخطأ الشخصي والمصلحي، وفقا للمادة 31 من قانون الوظيفة العمومية التي تنص على ما يلي: "فإذا تعرض الموظف لمتابعة قضائية من الغير بسبب خطأ في الخدمة يجب على المؤسسة أو الإدارة العمومية التي ينتمي اليها أن تحميه من العقوبات المدنية التي تسلط عليه ما لم ينسب إلى هذا الموظف خطأ شخصي، يعتبر منفصلا عن المهام الموكل له"، فإنّ الإدارة تستطيع نفي مسؤوليتها إذا أقامت الدليل على أنّ الخطأ شخصي فالتعويض وسيلة القضاء على محو الضرر الواقع أو التخفيف وطأته، ومما لا شك فيه أنّ المستحق الأول هو المضرور نفسه، إضافة لأشخاص آخرين يثبت لهم الحق في الحصول على تعويض، وللمحكمة السلطة التقديرية في تقدير هذا الموضوع.

أمّا بالنسبة للقضاء الفرنسي قضت محكمة النقض في إحدى أحكامها قاعدة عامة، وهي ضرورة إسناد الخطأ إلى المسؤول لإمكان إلزامه بتعويض الضرر الذي ينشأ عن فعله بل حتى عن مجرد إهماله وعدم تبصره، وأنّ هذه القاعدة تسرى على جميع الناس مهما كانت مراكزهم من دون استثناء وأنّ الأطباء فيما يتعلق بذلك خاضعون للقانون العام كغيرهم من الناس.

وانطلاقا من دراسة التعويض الذي هو جزاء المسؤولية يتعين علينا البحث عن ماهية التعويض، والشخص المستحق للتعويض، وتقدير التعويض.

أولا: ماهية التعويض: التعويض هو إصلاح ضرر لحق بشخص سواء كان جسمانيا، ماديا أو معنويا، أو هو عبارة عن مبلغ مالي يمنح للضحية من أجل تعويضها عن الضرر أو حادث(31)، أو بمعنى آخر هو وسيلة القضاء إلى إزالة الضرر أو التخفيف من وطأته، وهو جزاء الذي يترتب على قيام المسؤولية(32).

وقد نصت المادة 132 من القانون المدني الجزائري المقابلة للمادة 171 من القانون المدني المصري والمادة 209 مدني عراقي، والمادة 172 مدني سوري أنّه: "يعين القاضي طريقة التعويض تبعا للظروف، ويصح أن يكون التعويض مقسطا كما يصح أن يكون إرادا مرتبا، ويجوز في هاتين الحالتين للقاضي، تبعا للظروف وبناء على طلب المضرور بأن يأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه، أو أن يحكم وذلك على سبيل التعويض بأداء بعض الإعانات تتصل بالعمل غير مشروع"، ومن نص المادة نستنتج أنّ التعويض قد يكون عينيا أو بمقابل نقدي أو غير نقدي.

أ: **التعويض العيني**: يعتبر أفضل الطرق لأنّه يؤدي إلى إصلاح الضرر إصلاحا تاما بإعادة الحالة لما كانت عليه من قبل، ويتعين على القاضي أن يحكم إذا كان ممكنا وبناء على طلب المريض المتضرر، وذلك كأن يأمر بعلاج المضرور على نفقة الطبيب أو المستشفى أي المسؤول عن الضرر، وقد لا يترتب التعويض العيني في نطاق الضرر الجسدي والضرر المعنوي،

إذ لا يكون ذلك ممكنا فلا يمكن إعادة الحياة لمن مات أو إعادة رجل لمن بترت رجله، بمعنى لا يمكن محو الآلام الجسدية والمعنوية التي عاناها المريض وكذلك أهله ومحبوه في حالة وفاته، ألاّ أنّه وفق نصوص المواد (164،180،181 ق.م.ج) فإنّ التعويض العيني في التشريع الجزائري يبقى جائزة وسائغاً في كل الصور التى لا يمس فيها التنفيذ حرية المدين الشخصية، ألاّ أنّه تجدر الإشارة والتنويه إلى حرية القاضي غير مطلقة للحكم بالتعويض عينيا، بل يقيدها بعض الشروط المتعلقة بالمجال الطبي[33] وهي:

- لا يمكن اللجوء إليه في بعض حالات الضرر الجسماني والأدبي كالاعتداء على الشرف والاعتبار.
- للأخذ بالتعويض العيني يشترط أن يكون ممكنا، بحيث لا يكون مستحيلا بالنسبة للمدين ولو استحالة نسبية، كالمرض المفاجئ للطبيب فإنّه يحول بينه وبين قيامه بتنفيذ عمله أو الالتزام الواقع عليه.
- إذا كان في التعويض العيني أرهاق للمدين، بحيث يجاوز الضرر اللاحق بالمدين فلا محل معه للحكم بالتنفيذ العيني.

ويضاف إلى هذا أنّه يمكن إجبار المدين (المرفق الصحي العام) على تنفيذ التزامه جبرا (بواسطة الإكراه) إلاّ أنه يبقى هذا الأخير مفيدا بشرط عدم المساس بحرية المدين الشخصية ولايكون هذا إلاّ في حالة التي يكون فيها الالتزام ينصب على القيام بعمل أو الامتناع في عمل وشخص المدين محل الاعتبار.

لكن نظرا إلى أنّ التعويض العيني يبدو أمرا عسيرا في مجال المسؤولية الطبية، فإنّ الغالب أن يكون التعويض بمقابل وبصفة خاصة في صورة نقدية.

ب: التعوض بمقابل: قد يكون نقديا أو غير نقدي وهو أكثر الطرق التعويض ملائمة لإصلاح الضرر المترتب على العمل غير المشروع، والأصل في التعويض النقدي أي يكون مبلغا معينا يعطي دفعة واحدة للمضرور، أو إيرادا مرتبا لمدى الحياة، والمسألة في ذلك راجعة إلى تقدير القاضي، فيرى القاضي تقسيط التعويض حتى يشفى المريض المضرور،

وقد يحكم له بإيراد مرتب مدى الحياة إذا ترتب على هذه الإصابة عجزه كليا أو جزئيا عن العمل عجزا دائما، ويجوز الحكم على المسؤول بتقديم تأمين لضمان الوفاء به(34)، والتعويض النقدي الأصل فيه أن يكون دفعة واحدة، إلاّ أنّه يجوز أن يدفع أقساطا، أو إيرادا مرتبا لمدة معينة أو لمدى الحياة، ويجب أن لا يتجاوز التعويض طبقا لنص المادة 182 من القانون المدني الجزائري الضرر اللاحق.

وقد طبّق القضاء الجزائري، التعويض عن الأخطاء الطبية في عدة مناسبات حيث قضى بذلك مجلس الدولة وذلك في قضية القطاع الصحي بأدرار ومن معه ضد زعافا رقية، بتاريخ: 1999/04/19 بمسؤولية المستشفى ومنحه تعويضا للضحية جراء الضرر اللاحق بها، من جراء العمليات الجراحية الي تعرضت لها في المستشفى من طرف الأطباء الذين ارتكبوا أخطاء، حيث أقامت السيدة رقية بمستشفى أدرار (القطاع الصحي) لوضع حملها ولقد أجريت لها عمليتان جراحيتان أثناء الولادة، كما توفيت البنت مباشرة بعد الولادة، ونتيجة تلك العملية الجراحية أصيبت بعاهة مستديمة والمتمثلة في العقم، فمجلس الدولة أسس أحقية الضحية في التعويض على أساس ارتكاب عدة أخطاء طبية والمؤدية إلى ضريين وهما: العاهة المستديمة المتمثلة في العقم لمدى الحياة ووفاة البنت بعد ولادتها مباشرة.

ثانيا: الشخص المستحق التعويض: يعتبر المستحق الأول للتعويض هو المضرور مباشرة من أخطاء الأطباء فالشخص الذي أصيب بضرر يصبح له الحق في الحصول على تعويض، حيث يعوض المضرور على الأضرار المادية سواء تمثلت في العجز الجسماني أو عاهة...، كما يعوض عن الأضرار المعنوية الناجمة عن إعلان الإصابة بالضرر، فلا شك في تأثر حياة الشخص العائلية والإجتماعية بهذا الضرر، لأنّه قد يتعرض لعزل اجتماعي، وهجر أسري بسبب الأضرار الناجمة عن الأخطاء الطبية(35).

إلاّ أنّ المضرور ليس المستحق وحده فإذا كانت نتيجة الإصابة بالضرر هي الوفاة، فهناك متضررون بشكل غير مباشر لهم الحق في التعويض

مثل الزوج أو الزوجة التي أصيبت أو أصيب جراء الأخطاء الطبية يصاب بضرر يتمثل في عدم ممارسة الحياة الأسرية بشكل معتاد، كذلك الأولاد الذين أصيب والدهم فقد يلحقهم ضرر مباشر، وبالتالي لهم الحق في رفع دعوى على المتسبب في الضرر، فيجوز لورثة المطالبة بالتعويض عن الضرر المادي بفقدهم معيلهم الوحيد لأنّه يعدّ اعتداء على حقهم في النفقة وإخلالا بحق مالي ثابت لهم، ويقع على الورثة إثبات أنّ المتوفي كان هو المعيل الوحيد وكانت لهم مصلحة في بقائه حيا وبفقدانه أصبح لهم الحق في التعويض(36).

وبمعنى آخر يجوز أن يباشر هذا الحق بسبب وفاته خلفه العام سواء كان وارثا له، أو موصى له بحصة من مجموع أمواله، أو من أحيل إليه حق التعويض إذا لم يوجد نص يمنع حوالة هذا الحق، أو أن يحل محل الدائن به بسبب وفاته فالتعويض لهذا الدائن (المضرور).

ويجوز مباشرة هذا الحق من دائنه عن طريق الدعوى غير المباشرة طبقا للمادة 189 من القانون المدني الجزائري.

ولورثة المضرور الحق في مطالبة المسؤول بما كان لمورثهم من حق بالتعويض، دخل في ذمة مورثهم المالية قبل موتهم، وانتقل لهم هذا الحق بسبب الميراث، ويستوي في ذلك أن يكون قد رفع المورّث دعوى للمطالبة بهذا الحق أو لم يرفع متى كان هذا الضرر ماديا أو جسيما سواء اتفق المورث مع المسئول عن إحداث الضرر أم لم يتفق، ويشترط أن يكون هذا الحق عن التعويض على الضرر المادي أو الجسمي قد نشأ فعلا ودخل في ذمة المورث قبل وفاته(37).

وفي الحالة التي يكون فيها الضرر معنويا فإنّه ينتقل إلى الورثة ولو سكت المورث عن المطالبة به، ولا يمكن اعتبار سكوته عن هذا الحق تنازلا منه، ويعتبر السكوت في هذه الحالة سكوتا ملابسا وفقا لمقتضيات القانون الجزائري.

أمّا التعويض عن الضرر المرتد، والفعل الخاطئ فيه يمكن أن يصيب أكثر من شخص بضرر فتتعدد الدعاوى في هذا الصدد بقدر

عدد المطالبين بالتعويض، وهذا الضرر لا يختصر وقوعه على أقارب المضرور بل يمكن أن يشمل كل من لحقه ضرر محقق نتيجة الواقعة الضارة، ومن أمثلة التعويض عن الضرر المرتد ما أصدرته المحاكم الفرنسية نتيجة الضرر الذي يلحق الزوجة نتيجة فقد زوجها لقدراته الجنسية.

ثالثا: سلطة القاضي في تقدير التعويض ومنحه: الأصل أنّ التعويض بقدر الضرر فلا يزيد عن الضرر ولا يقل عنه، وتقدير التعويض عن الضرر متروك للقاضي، فإنّه يعدّ من المسائل الواقعية التي يستقل بتقديرها.

أمّا تعيين العناصر المكونة قانونيا للضرر والتي يجب أن تتدخل في حساب التعويض، فيعدّ من المسائل القانونية التي يهيمن عليها مجلس الدولة لأنّ هذا التعيين من قبل التكييف القانوني للواقع، كما يجب على القاضي عند حكمه بالتعويض بيان كل عنصر الضرر الذي قضي من أجله بالتعويض حتى يكون تقديره أقرب للعدالة ومنصفا ويراعى الظروف الملابسة، كحالة المصاب الجسمية والصحية، والفعلية، والمهنية، والمالية(38).

إلاّ أنّ هناك صعوبات تعترض القضاة عند تقدير التعويض اللازم لجبر الضرر، وهذه الصعوبات مرجعها إلى أصل الأضرار التي قد تبدأ ثم يستغرق اكتمالها زمنا مما يضع القاضي في حيرة من أمره، وفي هذه الحالة يلجأ القضاة إلى تقدير التعويض بإحدى الطريقتين:

الطريقة الأولى: وهي أن تقدر المحكمة التعويض بطريقة شاملة بحيث تعوض كل الأضرار دون تفرقة بين الضرر المادي والأدبي، فمبلغ التعويض الذي تحكم به هو مقابل كلّ هذا، بصورة مجملة وشاملة أي عدم إعطاء تفاصيل لنواحي الضرر الواجب التعويض، وبالتالي تحديد المبلغ الذي يتناسب مع كلّ الضرر من هذه الأضرار، بل التعويض يحدد عن كل الأسباب التي أدت إلى الأضرار وبصورة مختلفة(39).

الطريقة الثانية: أن تصدر المحكمة حكمها بالتعويض بطريقة تفصيلية محددة فإنّ مطالب المضرور التي يتم الاستجابة لها وتلك التي تم إستبعادها،

وتعدّ الطريقة الأكثر اتفاقا مع العدالة إذ يكون التعويض مساويا للضرر، وبهذه الطريقة تبين للمحكمة إمّا قبول التعويض عن الضرر المادي والأدبي وذلك يكون المضرور على بينة من أمره، كما أنّ هذه الطريقة تعتبر الأفضل في مجال الأضرار الناجمة عن التجارب الطبية، إذ من خلالها يعرف ما إذا كانت المحكمة قد عوضته عن جميع الأضرار التي أصابته أم أنها احتفظت بحقه في التعويض عن الأضرار المادية دون المعنوية، أم تجاهلت هذين النوعين وقبلت التعويض الضرر النوعي الخاص[40].

ومن المعروف أنّ تقدير التعويض يكون إلا عن الضرر المحقق في الحال أو المستقبل، أمّا إذا كان الضرر متغيرا ولا يمكن تعيين مداه تعيينا نهائيا وقت النطق بالحكم فللقاضي أن يحتفظ للمضرور بالحق أن يطالب خلال مدة بإعادة النظر في تقدير التعويض، مع مراعاة التغيرات وتطور مراحل الضرر والتغترات الاقتصادية كزيادة الأسعار وتكلفة العلاج.

كما أنّ هناك عوامل أخرى تؤثر في قرار المحكمة بالتعويض وتحديد مقداره وتتمثل في درجة الخطأ، بمعنى كلما زادت جسامة الخطأ المرتكب، فإنّ حجم ومقدار الأضرار الناجمة تزيد، ومن ثم مقدار التعويض يرتفع.

رابعا: مدى صلاحية قواعد المسؤولية المدنية للتطبيق على مسؤولية الإدارة: يرى جانب من الفقه بإمكانية تطبيق النظام القانوني للمسؤولية المدنية المؤسسة على الخطأ المفترض على حالات المسؤولية الإدارية، وهذا من منطلق أنّ أحكام المسؤولية على أساس الخطأ المفترض في المسؤولية المدنية كفيلة باستغراق حالات المسؤولية الإدارية ولاسيما المسؤولية على أساس الخطأ، فمسؤولية المتبوع على أعمال التابع ومسؤولية متولي الرقابة ومسؤولية حارس الشيء وحارس الحيوان قابلة للتطبيق على حالات المسؤولية الإدارية[41].

فمثلا مسؤولية متولي الرقابة الواردة في المادة 134 قانون مدني جزائري يمكن تطبيقها على مسؤولية مستشفى الأمراض العقلية على الأضرار التي يحدثها نزلاء هذا المستشفى من المرضى عقليا بالغير، بحكم أنّ المستشفى يتولى رقابة المرضى عقليا.

لكن أحكام المادة 134 قانون مدني جزائري تقضي بعدم مسؤولية متولي الرقابة على الأضرار التي قد يتعرض لها المشمول بالرقابة، أمّا مسؤولية المتبوع على أعمال التابع يمكن أن تجسد مسؤولية الإدارة عن أعمال موظفيها إذا اعتبرنا أنّ الموظف هو تابع للإدارة، ويرى جانب آخر من الفقه بعدم صلاحية قواعد النظام القانوني للمسؤولية المدنية، لتطبيقها على مسؤولية الإدارة وذلك لعدة أسباب، ربما هي أسباب وأسس إنشاء نظام القضاء الإداري الخاص بالفصل في المنازعات الإدارية ومنها المنازعات المتعلقة بالمسؤولية الإدارية، وأهم هذه الأسباب ما يلي:

1- المسؤولية التي تقع على عاتق الإدارة لتعويض الأضرار التي يسببها المرفق العام لا يمكن أن تنظمها المبادئ القائمة في التقنين المدني لتنظيم علاقات الأفراد بعضهم ببعض، إضافة إلى أنّ هذه المسؤولية لها قواعدها الخاصة التي تختلف تبعا لحاجات المرفق وضرورة التوفيق بين حقوق الدولة وحقوق الأفراد.

2- نصوص القانون المدني المراد تطبيقها على مسؤولية الإدارة عاجزة عن مواجهة جميع مسؤولية السلطة الإدارية فإذا استطعنا تطبيق أحكام مسؤولية المتبوع عن أعمال التابع أو مسؤولية متولي الرقابة على بعض مسؤوليات الإدارة عن أعمال موظفيها، وذلك بتجسيد علاقة التبعية أو علاقة الرقابة بين الإدارة والموظف، وإن كانت لا تجسد كلّ العلاقات، فإنّه من المستحيل تطبيق قواعد المسؤولية عن الأعمال الشخصية الواردة في نص المادة 124 قانون مدني على مسؤولية الإدارة وذلك لأنّ نص المادة 124 جاء صريحا في مخاطبة الأفراد أي الأشخاص الطبيعية وهنا يتوجب الرجوع إلى أحكام المسؤولية الإدارية على أساس الخطأ المرفقي.

3- إنّ مضمون المسؤولية الإدارية يهيمن عليه ثلاث مصالح متعارضة هي، مصلحة المضرور ومصلحة الخزينة العامة ومصلحة الموظف العام، والقواعد الإدارية في مجال المسؤولية تحقق التوفيق بين هذه المصالح المتعارضة من خلال مختلف الحلول التي جاء بها القضاء الإداري في تأسيس المسؤولية

الإدارية مثل نظرية جمع الأخطاء ونظرية جمع المسؤوليات، أمّا قواعد المسؤولية المدنية فهي محددة لاتتماشى وتطورات النشاط الاداري.

4- إذا كانت القضايا ذات الصبغة الإدارية يحكم فيها وفقا لنفس الأنظمة والوسائل المتبعة في القضايا المدنية، لما كانت بنا حاجة إلى المحاكم الإدارية، فالذي يميز القانون الإداري أساسا عن القانون المدني هو بروز فكرة سمو النفع العام في أولهما[42].

لذا؛ فقد نتساءل عن غرض المشرع الجزائري من الاستثناء الوارد في المادة 07 مكرر من قانون الإجراءات المدنية المتعلق بإختصاص المحاكم العادية بالفصل في المنازعات المتعلقة بالمسؤولية عن الأضرار الناجمة عن السيارات التابعة للدولة، في حين أنّه في المادة 07 من نفس القانون قد أجبر القاضي الإداري على اعتماد أحكام المسؤولية المدنية.

5- يتميز القضاء الإداري بأنّه ليس مجرد قضاء تطبيقي كالقضاء المدني بل هو في أغلبه قضاء إنشائي، فهو الذي يستحدث القاعدة القانونية التي تلائم العلاقات التي تنشأ بين الإدارة والأفراد وهو الذي يطورها أو يستبدل بها غيرها مراعيا في ذلك كلّه التوفيق بين احتياجات الإدارة التي تهدف إلى تحقيق النفع العام، واحتياجات الأفراد التي ترمي إلى تحقيق النفع الخاص، ولذا فإنّ القانون الإداري قانون قائم بذاته، وإذا كان للقاضي الإداري أن يسترشد بالقانون المدني فإنّ عليه أن يقتصر في هذا الاسترشاد بالمبادئ العامة التي تحكم قواعده لا بنصوصه إلاّ إذا كان تطبيق هذه النصوص متفقا وفكرة سمو النفع العام.

6-توجيه القاضي الإداري إلى قواعد القانون الخاص يعدّ بمثابة تثبيت لسلطته في الاجتهاد إضافة إلى أنّه بتطبيق القاضي الإداري لقواعد المسؤولية المدنية على مسؤولية الإدارة يكون قد قضى على قواعد المسؤولية الإدارية التي هو بصدد إنشائها وتطويرها وفق حريته في الاجتهاد.

7- وأخيرا فإنّ توجيه المادة 07 من قانون الإجراءات المدنية للقاضي الإداري إلى أحكام المسؤولية المدنية يتنافى ومضمون الازدواجية القضائية

التي تعني تطبيق أحكام المسؤولية الإدارية بصورة شاملة وكأصل عام وتطبيق أحكام المسؤولية المدنية كاستثناء[43].

حتى وإن كان نص المادة 07 السابقة الذكر قد جاء في فترة كان فيها النظام القضائي الجزائري نظاما موحدا، لذا لا بد من إعادة صياغة المادة 7 قانون الإجراءات المدنية، لتتوافق والنظام القضائي الحالي، أو أن تقتصر قراءة القاضي الإداري الجزائري لهذه المادة في معرفة اختصاصه فقط.

خاتمة

تناولنا في هذه الدراسة بحث المسؤولية الطبية لأهمية الموضوع كونه يتعلق بحياة الانسان وسلامة جسده وما يجب أن يتوافر له من الحماية والعصمة، حيث تمحورت دراستنا أساسا في آثار المسؤولية الطبية، دعوى المسؤولية، وعبء الإثبات، وطريقة التعويض الذي ساهم إلى حد كبير في تطور المسؤولية الطبية نظرا لأهميته ودوره الأساسي في إنشائها، حيث تعرضنا للخبرة الطبية بمفهومها الواقعي فعند دراستنا للموضوع وفي عدة زيارات للمستشفيات العامة، وذلك لاستكشاف الواقع المعيش، لحظت أنّ المستشفيات العامة في الجزائر غير متطورة من حيث العتاد الجيد والجديد، أو من حيث اتخاذ تدابير النظافة والتعقيم لأنّ خلو هذه الأخيرة يؤدي إلى الإصابة بالعدوى الجرثومية التي تعدّ المجال الخصب لتطبيق المسؤولية، كما لحظت وللأسف الشديد الغياب المطلق للانسانية والضمير الحي، فلقد ساد الفساد في هذه المؤسسة وإنتشرت ظاهرة المحاباة بشكل رهيب، والسبب في تردي الوضع وتأزمه، يعود إلى الجهاز البشري داخل المستشفيات العامة إضافتا أنّه لا يوجد نية وإرادة لتحسين الوضع، رغم وجود البعض من أصحاب الضمير الحي والمؤمنون بالله تعالى لكن ليس بإمكانهم تغيير الوضع لأنّهم أقلية، كما لا ننسى أنّ الطبيب في الجزائر غير مشجع ابتداء من راتبه الزهيد الذي لا يغطي أبسط احتياجاته اليومية، فكيف يكون حريصا ومهتما بعمله وهو يعلم أنّ جهوده كلّها ضائعة، فأصبح يفكر إما في الهجرة أو الانتقال من المستشفى العام إلى

الخاص، ليستثمر نشاطه ومعارفه حيث هناك الامكانية المعنوية والمادية، مما يجعله يؤدي مهامه بكل نشاط ودقة.

إلا أنّ هذا لا يعطي الحق له بالعبث بأجساد المرضى فإنّ أغلب الأخطاء كان يمكن تفاديها بقليل من الفطنة والحذر، حيث إنّ الأعمال الطبية أصبحت تمارس حاليا بشكل يسوده الإهمال واللامبالاة والمؤسف في الأمر أنّه لاتوجد إحصائيات دقيقة تشير لمثل هذه الحالات لعدم وجود الرقابة.

أمّا من ناحية المريض فإنّه قد يتعرض لجملة من الأخطاء الطبية لكن من النادر جدا أن يطالب بحقه أمام العدالة فالدعوى المرفوعة ضد المستشفيات نسبية وقليلة مقارنة بالأخطاء المرتكبة في حق المرضى فنجد المريض يدفع الثمن بأغلى ما يملك وهي صحته.

وفي النهاية ارتأينا أن نخرج بمجموعة من التوصيات في هذا الصدد:

- سنّ قانون موحد يساير الواقع العملي وكذا التطور العلمي الحاصل في مجال الطب ووضع قيود وضوابط للقواعد التنظيمية بما يضمن القدر اللازم من الرعاية الصحية، وهذا القانون يتضمن إشارة صريحة إلى مسؤولية إدارة المستشفى العام عن أخطائه وأحكام العاملين به بدلا من ترك أحكام هذه المسؤولية متناثرة في العديد من القوانين.
- بما أنّ استعمال الأجهزة والآلات الطبية أصبح اليوم أمرا ضروريا لأداء العمل الطبي على أكمل وجه بات على المشرع الجزائري أن يضع إطارا خاصا لتكوين متخصصين لاستعمال هذه الأجهزة المتطورة.
- ضرورة التشديد والمراقبة على الأطباء وعلى العاملين في المستشفيات العامة بمتابعة قضائية صارمة لكون عملهم متعلقا بأرواح وأجساد وعواطف الناس، وأنّ الحاجة إليهم كبيرة، لكي يكونوا دقيقين في عملهم وعدم فسح المجال لهم بعدم الاهتمام واللامبالاة، وإنشاء لجنة مهمتها مراقبة عمل المستشفيات والتأكد من نوعية ومستوى الخدمات الطبية المقدمة.

- نقترح العمل على تنظيم وإنشاء صندوق خاص لتعويض المصابين من الأضرار الناجة عن أخطاء العاملين في المستشفى العام ويكون خاضعا لإشراف الدولة.
- ضرورة إلتزام إدارة المستشفيات بالتأمين ضد الأضرار التي من الممكن أن يتسبب الأطباء العاملون فيها لمرضاهم لضمان حصول المريض على التعويض المناسب لضرر الذي لحق به.
- كما نرجو من العاملين بالمستشفيات العامة الاطلاع على مختلف النصوص المنظمة للقطاع الصحي ومعرفة التزاماتهم تجاه مرضاه وإيجاد مناخ من الحوار والتعاون والتفاهم المتبادل بين الطرفين.
- نقترح العمل على بثّ الوعي بأهمية المسؤولية الطبية وذلك عن طريق وسائل الإعلام وعقد الندوات وتدريس مادة المسؤولية الطبية في كليات القانون وكليات الطب.
- وضع إعلانات في المؤسسة الصحية لتعريف المرضى بحقوقهم وإلتزاماتهم تجاه الأطباء لأنّ غالبية المرضى لايعرفون الحقوق التي كفلها القانون لهم في مواجهة الأطباء عند ارتكابهم أخطاء طبية، وتوعية المواطن الجزائري بتحطيم الحاجز النفسي الذي يحول دونه والدفاع عن حقوقهم أمام الأخطاء الطبية، وذلك إمّا باللجوء إلى الصحافة أو القضاء أو إلى القناة المتوفرة لديه، وهذا دفاعا على مصلحته وعن مصلحة المجتمع.
- كما ينبغي على الجمعيات بمختلف طبيعتها أن تلعب دورا إيجابيا في الدفاع عن حقوق المرضى والعمل على إيجاد علاقة طبيعية ومنسجمة بين المريض والطبيب.

وتبقى الغاية من كل ذلك التوفيق بين المصالح المتناقضة للطبيب والمريض، وربما ما ذكرناه لا يحقق كل المبتغى مما يستوجب معه فتح باب الاجتهاد للبحث في كل ذلك عن حماية الإنسان بوجه عام ماديا أو معنويا والتي هي غاية وأساس أي تنظيم إجتماعي وأي نظام قانوني، لأنّ قوام

القانون وصلاحه يقاس بمدى صونه وحمايته للقيم والعناصر اللازمة لبقاء الانسان.

الهوامش والمراجع المعتمـــدة

---

(1) نبيلة نسيب، الخطأ الطي في القانون الجزائري والمقارن، مذكره لنيل شهادة ماجستير، كلية الحقوق بن عكنون، الجزائر،2001، ص128

(2) عبد الحكم فودة، التعويض المدني، المسؤولية المدنية التعاقدية والتقصيرية في ضوء الفقه وأحكام محكمة النقض، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، سنة1998، ص121.

(3) مكيد حنان، المسؤولية المدنية للطبيب، مذكرة التخرج من المدرسة العليا للقضاء، الجزائر، 2004، ص34.

(4) محمد الصغير بعلي، الوسيط في المنازعات الادارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، 2009، ص127.

(5) ابتسام الغرام، المصطلحات القانونية في التشريع الجزائري، قاموس باللغتين العربية والفرنسية، قصر الكتاب، البليدة، 1998، ص90.

(6) حيث تنص المادة 459 من الأمر 66\154 المؤرخ في 08 جوان 1966 المتضمن قانون الاجراءات المدنية على مايلي: "لا يجوز لأحد أن يرفع دعوى أمام القضاء مالم يكن حائزا لصفة أو أهلية التقاضي وله مصلحة في ذلك."

(7) محمد الصغير بعلي، المرجع السابق، ص302

(8) مكيد حنان، المرجع السابق، ص35، ص36

(9) pontier (jean-marie).linéaments de l'évolution de la responsabilité médicale à l'hopital :la responsabilité hospitalière et la loi du 4mars 2002,presse universitaire d'aix_marseille puam paris 2005

(10) ابتسام الغرام، المرجع السابق، ص82

(11) رواء كاظم الراهي، المسؤولية المدنية لإدارة المستشفى عن أخطاء الأطباء العاملين فيها، مذكرة لنيل شهادة ماجستير العراق 2008، ص ص158/159

(12) طاهري حسين، الخطأ الطي والخطأ العلاجي في المستشفيات العامة، (دراسة مقارنة)، الجزائر، فرنسا، دار هومه، الجزائر 2004، ص59، ص60

(13) الشواربي عبد الحميد، مسؤولية الأطباء والصيادلة والمستشفيات، المدنية، الجنائية، والتأديبية، منشأة المعارف، الإسكندرية 1988، ص107.

(14) وهذا قرار مجلس الدولة في 2000/01/31 قضية مدير القطاع الصحي شي قفارة بمستغانم ضد بن سليمان فاطمة، نقلا على آث ملويا حسين بن الشيخ، المنتقى في قضاء مجلس الدولة، دار هومه، الجزائر، 2002، ص237- 241.

حيث أنه حركت هذه الدعوى عندما اكتشفت الآلام بسبب وجود الابرة التي نسيت في بطن المستأنف عليها بعد العملية الجراحية، وبالتالي فلا يمكن القول بأنه يوجد تقادم لأن الدعوى رفعت عند اكتشاف الآلام، وبالتالي الدفع غير مجدي وينبغي أن لايؤخذ بعين الاعتبار"ما تنص

عليه المادة 133 ق م ج: "تسقط دعوى التعويض بانقضاء خمسة عشر سنة من يوم وقوع الفعل الضار".

(15) لحسين بن الشيخ آث ملويا، دروس في المسؤولية الإدارية الكتاب الأول، المسؤولية على أساس الخطأ، دار الخلدونية، الجزائر، 2007، ص27

(16) طاهري حسين، المرجع السابق، ص61

(17) مكيد حنان، المرجع السابق، ص40.

(18) محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، المسؤولية المدنية لكل من الأطباء الجراحين، أطباء الأسنان، الصيادلة، المستشفيات العامة والخاصة، دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية، 1999، ص178

(19) نبيلة نسيب، المرجع السابق، ص ص135/136

(20) طاهري حسين، المرجع السابق، ص49.

(21) أنور طلبة، المطول في شرح القانون المدني، ج3، المكتب الجامعي الحديث، ط01، الازراطية، الاسكندرية 2004، ص ص285 /286.

(22) قرارها الصادر بتاريخ 1994/12/6 نقلا عن محمد جلال سن الأتروشي المسؤولية المدنية الناجمة عن عمليات نقل الدم، ط01، درا الحامد للنشر والتوزيع، الأردن، 2008، ص175

(23) مكيد حنان، المرجع السابق، ص20.

(24) شريف الطباخ، التعويض عن الإخلال بالعقد، (التطبيق العملي للمسؤولية المدنية في ضوء القضاء والفقه)، المركز القومي للأصدارات القانونية، القاهرة، 2004، ص288

(25) عبد الوهاب عرفة، الوجيز في مسؤولية الطبيب والصيدلي، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، د. س. ن، ص23

(26) نقض1984/2/8 لسنة 60 ق، ونقض في 1995/2/9 نقلا عن، محمد جلال حسن الاتروشي المسؤولية المدنية الناجمة عن عمليات نقل الدم، ط01، دار حامد للنشر والتوزيع، الأردن، 2008، ص178

(27) السيد عمران، الأسس العامة في القانون، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2002، ص28

(28) طاهري حسين، المرجع السابق، ص65

(29) من المادة 125 إلى المادة 145 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وهو ما نصت عليه المواد من 95إلى 99 من مدونة أخلاقيات الطب.

(30) أحمد عباس الحيازي، المسؤولية المدنية للطبيب في القطاع الخاص في ضوء النظام القانوني والنظام القانوني الجزائري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2005، ص117.

(31) ابتسام الغرام، المرجع السابق، ص155

(32) سعدون العامري، تعويض الضرر في المسؤولية التقصيرية، منشورات البحوث القانونية، بغداد، 1981، ص136

(33) عدنان ابراهيم سرحان، ونوري حمد خاطر، شرح القانون المدني، مصادر الحقوق الشخصية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط 2، الأردن، 2004، ص467

(34) أنور السلطان، الموجز في نظرية الإلتزام (مصادر الإلتزام) ديوان المطبوعات الجامعية، مصر، 1998، ص370
(35) خليل مصطفى، تقدير مبلغ التعويض وحقوق المؤمن المترتبة دفعه، ط01، دارمكتبة حامد للنشر والتوزيع، عمان، 2001، ص164
(36) صبري محمود الراعي، رضا السيد العاطي، الموسوعة النموذجية في شرح قضايا التعويضات والمسؤولية المدنية، ج2، دار مصر للموسوعات القانونية، عابدين، د.س.ن، ص384 وص385
(37) علي علي سليمان، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري، دار المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1988، ص246
(38) طاهري حسين، المرجع السابق، ص ص66/ 67
(39) أنور طلبة، المرجع السابق، ص374
(40) حسام الدين كامل الاهواني، الاتجاهات الحديثة للقضاء الكويتي في مجال التعويض الناشئة عن العمل غير مشروع، بحث منشور في مجلة الحقوق والشريعة، العدد 01، 1978، ص169
(41) عوابدي عمار، الأساس القانوني لمسؤولية الإدارة عن أعمال موظفيها، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع الجزائر، 1988، ص80.
(42) فؤاد العطار، القضاء الإداري، دار النهضة العربية، مصر، دون سنة، ص184.
(43) عوابدي عمار، المرجع السابق، ص87

الخطأ كأساس للمسؤولية الإدارية للمرفق العام الطبي

أ.محفوظ عبد القادر
جامعة تلمسان

¥

تتعلق مهنة الطب بمقصودٍ عظيمٍ من مقاصد الشريعة وهو حفظ النفس، ويُعتبر هذا القصد مشترَكاً إنسانياً عاماً لا يختلف أحد على أهميته وأهمية هذه المهنة ونبل القائمين عليها، مهما كان جنسهم ودينهم وفلسفتهم للحياة الإنسانية؛ وإنّ امتداد آثار التطور العلمي الطبي إلى بعض المجتمعات قد يفضي إلى وجود شرخ واسع ما بين طبيعة الممارسة الطبية المتقدمة والمتشعبة اليوم وبين القوانين والضوابط التي تحكم العلاقة المهنية بين الطبيب والمريض، ولعل هذا أبرز ما يكون في الدول والمجتمعات التي تكون التقنيات الطبية فيها مستوردة لا أصيلة، بحيث لا يكون هناك مجال زمني لمجاراة التطور العلمي بالضبط القانوني والأخلاقي[1].

فقد شمل التقدم العلمي الهائل المجال الطبي؛ الذي واكبه تطور الآلة والأجهزة الطبية وزيادة خطورتها[2]، زيادةً على تميُّز النشاط الطبي بجوانب مختلفة ومعقَّدة يُحتمَل أن تُسبِّب أضرارًا مختلفة ومأساوية في بعض الحالات[3].

حيث أضحت ظاهرة الأخطاء الطبية من الظواهر المُعتادة، وأصبحت نقطة حديث ساخنة على صفحات الجرائد (...) لا سيَما في نطاق المستشفيات العمومية؛ التي لا تزال في الجزائر تُشكِّل المركز الأساسي لتقديم العلاج والرعاية الصحية بشكلٍ عام[4]؛ مما تنجم عنه مسؤولية القائم علي تقديم الخدمات الطبية.

وإنّ المسؤولية الطبية تُعد ذات طبيعة متنوّعة ومتشعِّبة، فقد تنجم عن النشاط الطبي إما مسؤولية أدبية وأخلاقية[5]، أو مسؤولية مدنية (أطباء خواص)، وإمّا مسؤولية جزائية (فعل مجرَّم كالقتل أو التسميم،...)، أو مسؤولية تأديبية (أمام اللجنة المتساوية الأعضاء والمجلس

الوطني لأخلاقيّات الطب)، وإما مسؤولية إدارية؛ إذا ما تعلّق الأمر بالأضرار الناجمة عن عمل المرافق الطبية العمومية.

على أنّ ما يهم في هذه الدراسة هو تحديد حالات تطبيق المسؤولية الإدارية للمرفق الطبي على نشاطه الطبي؛ دون القانوني (قرارات و عقود).

حيث يعتبر موضوع مسؤولية المرفق الطبي عن الأضرار الناجمة عن نشاطاته؛ من أهم المواضيع الي يعنى بها دارس القانون العام، وذلك لتعلّقه؛ من جهة؛ بصحة الإنسان وسلامة جسده؛ ومن جهة أخرى؛ فهو يمس موضوعا دائم التطور والتعقيد؛ ومن ثمّة كان لزاما أن لا تكتفي هذه المسؤولية بالخضوع فقط للقواعد العامة للمسؤولية الإدارية، بل إنها تخضع كذلك لقواعد خاصة تتماشى وخصوصيتها.

إذًا؛ إذا كان أساس مسؤولية الإدارة عن أعمال موظفيها -وفقا للقاعدة العامة- يتأسس تارة على الخطأ و تارة أخرى من دون خطأ، على غرار مسؤولية المرفق الطبي؛ إلا أنّ المسؤولية الخطئية للمرفق الطبي أصبحت تستدعي الكثير من البحث والمزيد من النقاش، إذ أن الخطأ غالبا ما يكون هو أساس قيام المسؤولية الإدارية للمستشفى-خاصة في الجزائر- كما أن الخطأ في المجال الطبي يعرف الكثير من اللبس وعدم الإتفاق على مفهوم واحد له من قبل المعنيين به(من فقهاء، وقضاة...)، إضافة إلى كون أغلب الإجتهادات القضائية الجزائرية في مجال مسؤولية المرفق الطبي ترتكز على أساس الخطأ، على عكس المسؤولية بدون خطأ حيث لا توجد أحكام قضائية تبيّن بصورة واضحة قيام مسؤولية المرافق الصحية العمومية على أساس المخاطر، بل إنّ الأحكام والقرارات الموجودة تبيّن أنّ القضاء الإداري الجزائري لا يزال يأخذ بنظرية الخطأ التقليدية في مجال مسؤولية المرافق الصحية العمومية .

ولذلك سنحاول الإكتفاء بدراسة المسؤولية الخطئية للمرفق الطبي، من خلال طرح الإشكالية الآتية:

ما طبيعة الخطأ المستوجب لقيام مسؤولية المرفق الطبي؟ وهل من خصائص تميزه؟ وما هي التطورات التشريعية التي عرفها القانون الإداري لمسايرة الخصوصيات المميزة للخطأ الطبي الإداري؟

ومن ثم، فإن دراسة مسؤولية المرفق الطبي القائمة على أساس الخطأ، تتطلب البحث عن مفهوم الخطأ الطبي المرفقي المبحث الأول ، ثم دراسة النظام القانوني الذي يخضع له المبحث الثاني .

كما تجب الإشارة إلى أنّ موضوع كيفية تقدير التعويض، والبحث عن علاقة السببية بين الخطأ والضرر، وسلطات القاضي الإداري تجاه كل ذلك؛ على الرغم من أهميته القصوى إلا أنه يخرج من نطاق هذه الدراسة، نظرا لانحصارها في الخطأ كأساس قانوني لمسؤولية المرفق الطبي، ولكون هذا الموضوع خاضع لنفس الأحكام العامة المتعلقة به في مجال المسؤولية الإدارية بشكل عام.

المبحث الأول: مفهوم الخطأ الطبي في المرفق العام

إنّ الخطأ الواقع ضمن المرافق العامة الصحية، أو ما يسمى بالخطأ الطبي المرفقي، يتسم بصفتين أساسيتين؛ أولهما كونه طبي، والثانية أنّه مرفقي، وبالتالي فإنّ البحث عن مفهومه يتطلب التطرق أولا لمفهوم المرفق العام الصحي، وطبيعة العلاقة التي تربط المريض المضرور بالمرفق الطبي، وعلاقة هذا الأخير بالطبيب العامل لديه؛ أهي لائحية أم تعاقدية؛ وما يتبعه من تحديد طبيعة الأخطاء الطبية المرفقية، ثم الانتقال للبحث عن طبيعة الأعمال المنشاة للخطأ الطبي المرفقي.

المطلب الأول: المرفق الطبي والعلاقات القانونية الناجمة عنه

إذا كانت كل دعاوى المسؤولية - مهما كان نوعها- تسعى دائما إلى الحصول على تعويض مناسب لجبر الضرر الحاصل، فإنّ دراسة أي من هذه الدعاوى تتطلب معرفة الشخص المسؤول عن دفع مثل هذا التعويض، وذلك بالتعرف على طبيعته القانونية وعن ممثليه العاملين باسمه، وطبيعة علاقاته مع هؤلاء ومع الغير، وعلى النظام القانوني الخاضع له...إذ من شأن ذلك وضع دراسة المسؤولية في إطارها الصحيح وتسهيل التعرف

على النظام القانوني الخاضعة له قانون عام أم خاص وعلى نوعها تأديبية، مدنية... .

وإذا كان هذا الطرح يصدق مع المسؤولية الإدارية للمرفق الطبي، فلا بد من التعرف على مفهوم هذا الأخير الفرع الأول ، ثم تبيان طبيعة العلاقات القانونية الدائرة في فلكِه الفرع الثاني .

الفرع الأول: مفهوم المرفق الطبي: إذا كان المشرع الجزائري وسعيا منه إلى تحقيق أحسن أداء في المجال الطبي؛ الذي يعتبر من أهمّ المرافق العامة في حياة الفرد؛ قد قام بالإكثار من المرافق العامة المتعددة والمتباينة من حيث الخدمات لسدّ هذه الخدمة، فقد تعددت أنواع المرافق الطبية بالجزائر ثانيا ، إلاّ أنّ ذلك لا ينفي أنّها كلّها تندرج تحت تعريف واحد باعتبارها مرفقا طبيا أولا .

أولاً: تعريف المرفق الطبي: عرّفت الهيئة الأمريكية للمستشفيات American Hospital Association المستشفى بأنّه ‹‹مؤسسة تحتوي على جهاز طبي منظم، يتمتع بتسهيلات طبية دائمة تشتمل على أسِرّة للتنويم، وخدمات طبية تتضمن خدمات الأطباء وخدمات التمريض المستمرة، وذلك لإعطاء المرضى التشخيص والعلاج اللازمين››[6].

ووِفق التشريع الجزائري يُعتبَر المرفق الطبي ‹‹مجموع هياكل الوقاية، التشخيص، العلاج والاستشفاء وإعادة التأهيل الصحي الموجودة داخل إقليم نفس الدائرة والمتكونة في المستشفيات والعيادات متعددة الخدمات، المراكز الصحية، قاعات الفحص والعلاج، مراكز الأمومة، مراكز المراقبة في الحدود، وكل منشئة صحية عمومية تحت وصاية وزارة الصحة والسكان››[7]، أمّا على الصعيد العالمي فقد عرّفت منظمة الصحة العالمية المستشفى بأنّه: ‹‹مؤسسة تكفل للمريض مأوى يتلقى فيه الرعاية الطبية والتمريض››[8].

وفي إطار الحديث عن مسؤولية المرفق الطبي؛ ومن أجل تحديد قواعد الاختصاص القضائي في هذه النزاعات، والنظام القانوني الواجب التطبيق، ونوع الدعوى التي يسعى لها المضرور لابد من معرفة الطبيعة القانونية لهذا المرفق.

في هذا الصدد قضت م 02 من المرسوم التنفيذي رقم: 97-466 المؤرخ في: 02/12/ 1997[9] بأنّ القطاع الصحي مؤسسة عمومية ذات طابع إداري، يتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي.

وذلك ما يجعله خاضعا للقضاء الإداري وفق نص م800 من ق إ م إ [10]، وهي نفس الصبغة الإدارية التي أضفاها المشرع على المركز الإستشفائي الجامعي بموجب م02 من المرسوم التنفيذي رقم: 97-467 المحدد لقواعد إنشاء المراكز الإستشفائية الجامعية وتنظيمها وسيرها[11].

وعلى هذا فالقضاء الإداري هو المختص بدعاوى المسؤولية المرفوعة على الطبيب في المستشفى العام[12].

ثانيا: أنواع المرافق الطبية بالجزائر: بصفة عامة ومن الناحية النظرية D'un coté théorique يمكن إعطاء عدة تصنيفات للمرافق الطبية أو ما تعرف بالمستشفيات، وذلك نظرا لاختلاف الزاوية التي ينظر منها لها[13]، حيث يمكن تصنيفها من الناحية الإكلينيكية، من حيث المِلكية، من حيث متوسط فترة الإقامة، من حيث جودة الخدمات الطبية المقدمة، أو حسب الموقع والسعة السريرية.

إلاّ أنّه من الناحية القانونية D'un coté juridique فإن المُتَتبِّع للنصوص القانونية الصادرة في الجزائر بهذا الشأن، سيجد أنّ هناك أربعة أنواع من المرافق الطبية هي:

1-**المؤسسات الإستشفائية المتخصصة:** تتكفل بنوع معين من العلاج التخصصي دون غيره[14]، مثل علاج العيون، أمراض النساء، الأمراض العقلية،... وتخضع للمرسوم التنفيذي 97-465[15] وهي خاضعة لوصاية والي الولاية المتواجد بها مقرها.

2- المراكز الإستشفائية الجامعية: ينظمها المرسوم 97-467، وهي موضوعة تحت الوصاية الإدارية لوزير الصحة فيما يخص نشاطها الطبي العلاجي، وتابعه للوصاية البيداغوجية لوزير التعليم العالي فيما يخص نشاطها البيداغوجي، التدريس والتكوين[16].

3- المؤسسات العمومية الاستشفائية: تمّ إنشاؤها وفق م 02 من المرسوم التنفيذي 07-140[17]، وقد وضعت تحت وصاية والي الولاية التي تقع بدائرتها، وهي تقدم خدماتها الصحية لسكان بلدية أو عدة بلديات[18].

4- المؤسسات العمومية للصحة الجوارية: أنشأت على غرار سابقتها بالمرسوم التنفيذي 07-140، وتخضع كذلك لوصاية الوالي وهي تتكون من مجموع عيادات متعددة الخدمات، وقاعات للعلاج[19].

مع العلم أنّ هناك نوعا من المرافق الطبية كان موجودا من قبل، هو قطاع الصحة العامة إلاّ أنّه ألغي بموجب م 35 من المرسوم 07- 140.

الفرع الثاني: طبيعة العلاقات القانونية داخل المرفق الطبي: لمعرفة مسؤولية الدولة عن الأضرار الناجمة عن أعمال المرفق الطبي، لابد من تحديد طبيعة مسؤولية المستشفى اتجاه المريض المضرور، وهو ما يقتضي تحديد طبيعة العلاقة بين المرفق الطبي والمريض أولا .

كما أنّ مقاضاة المرفق الطبي عن أعمال قام بها الأطباء العاملون به، يقتضي تحديد طبيعة العلاقة بين المرفق الطبي والطبيب ثانيا .

أولاً: علاقة المرفق الطبي بالمريض: بصفة عامة، عُرفت مسؤولية الطبيب في بدايتها بأنّها ذات طبيعة تقصيرية، ولكن ومنذ صدور قرار DR.NICOLAS C /MERCIER عام 1936 فإنّ محكمة النقض قررت فيه وجود عقد بين الطبيب وكلّ مريض من مرضاه، يلتزم بمقتضاه ليس بشفائه، ولكن بتقديم العلاج المتقن، اليقِظ والحذر والمتفق مع المعطيات العلمية المكتسبة[20].

فإذا كان من الثابت -حاليا- أنّ العلاقة بين الطبيب والمريض في مجال الممارسة الحرة لمهنة الطب هي علاقة تعاقدية في نطاق القانون الخاص، فإنّ الأمر ليس كذلك في مجال الممارسة الطبية من خلال المرافق الصحية العامة[21].

فعلاقة الطبيب بالمريض في المستشفى العام هي علاقة شخص مكلف بأداء خدمة عامة طبقا للوائح بشخص ينتفع بخدمات المرفق العام طبقا للقانون، ومؤدى ذلك أنّه لا يوجد عقد بين الطبيب الممارس

في مستشفى عام والمريض الذي ينتفع بخدماته[22]، إذ إنّ الطبيب العامل بالمستشفى يتلقى أجرا عن هذه الخدمة؛ ليس من طرف المريض وإنّما من طرف الدولة[23]؛ وأمّا المريض فهو يتعامل مع شخص معنوي، مما يجعله في وضع لا يسمح له باختيار الطبيب المعالج ولا كيفية العلاج[24].

ويترتب على ذلك عدم إمكان إقامة مسؤولية المستشفى على أساس المسؤولية العقدية[25]، بل هي من طبيعة إدارية أو لائحية، وإنّ هذا الاتجاه الذي اعتمده كل من القضاء الفرنسي والمصري[26] يجد أساسه في اعتبارات عملية وإنسانية تسعى لحماية المريض المضرور إذ يجد نفسه في وضعية أحسن إذا ما تابع الإدارة على أساس المسؤولية التقصيرية وليست العقدية، حيث إنّ التعويض في المسؤولية التقصيرية يكون عن الضرر المباشر المتوقع وغير المتوقع في حين أنّه في المسؤولية العقدية لا يكون إلاّ على الضرر المتوقع م182 قانون مدني ، كما أنّ التضامن مقرر بنص القانون م127 قانون مدني في المسؤولية التقصيرية في حين يحتاج لاتفاق صريح في المسؤولية العقدية، أضف إلى ذلك أنّ الإتفاق على إعفاء المدين من الخطأ اليسير جائز في المسؤولية العقدية من دون التقصيرية التي تعبر قواعدها من النظام العام م178 قانون مدني [27].

ورغم أنّ التشريع الجزائري لم يبين موقفه صراحة فيما يخص مشكلة طبيعة مسؤولية المستشفى العام أو الإدارة الصحية اتجاه المريض عمّا يصيبه من ضرر مترتب عن أعمال الأطباء والجراحين الموجودين بهذا المستشفى، إلاّ أنّه لا توجد أحكام صادرة عن الغرف الإدارية للمجالس القضائية، أو عن مجلس الدولة تفيد وجود عقد بين إدارة المستشفى العام والمريض[28].

ثانيا: علاقة الطبيب بالمرفق الطبي: الراجح أنّ الطبيب يعتبر تابعا للمستشفى الذي يعمل به، وعلى ذلك فإنّ مسؤولية الطبيب والمساعدين الآخرين العاملين بالمستشفى العام تخضع للقانون الإداري ولاختصاص القضاء الإداري[29]، والحكمة من ذلك تتمثل في سعي القضاء الإداري وكعادته

منذ حكم بلانكو Arrêt BLANCO 1873 الشهير، للتوفيق بين المصلحة العامة ومصالح الخواص، حيث إنّ اعتبار الإدارة مسؤولة عن أعمال الأطباء العاملين بالمرفق الطبي العام، يساهم في وضع هؤلاء الأطباء في مركز مريح يسمح لهم بأداء مهامهم بكل حرية، مما يدفعهم للإبداع والإتقان في أعمالهم، بدل وقوعهم في الروتين والتقيد خوفا من خضوعهم لمسؤوليتهم الشخصية، هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإنّ ذلك يسمح للمضرور بالحصول على التعويض الكافي لجبر ما لحق به، عن طريق اختصام الإدارة مباشرة باعتبارها مدين ميسور الحال Un débiteur solvable، على خلاف الذمة المالية للطبيب المخطئ في غالب الأحيان.

لكن؛ تبعية الطبيب بالمرفق الطبي يثير تساؤلا حول مدى توافر رابطة التبعية بينهما؛ حيث ذهب رأي في الفقه إلى أنّ الاستقلال الذي يتمتع به الطبيب في ممارسة عمله الفني يمنع من تبعيته لشخص آخر إن لم يكن طبيبا مثله يستطيع أن يراقب هذا العمل(30)، ومن ثمة يمكن القول إنّ الطبيب ليس تابعا للمرفق الطبي، باعتبار هذا الأخير غير قادر على مباشرة سلطة التوجيه والإشراف عليه في عمله الفني؛ كما أنّهم يرون أنّ الطبيب ليس موظفا بالمعنى الفني للكلمة.

غير أنّ استقلال الطبيب عن إدارة المستشفى في ممارسة عمله الفني، لا يمنع من خضوعه لرقابته المستشفى في أدائه لواجباته العامة التي تفرضها عليه وظيفته(31)؛ فلا شك أنّ إدارة المستشفى تستطيع إصدار أوامر للأطباء الذين يعملون لحسابها لتوجه بها أعمالهم ولو توجيها عاما، كتوزيع العمل بينهم، وتحديد مواعيده، وهي أوامر يجب على الطبيب أن يتبعها، وإلا استطاعت إدارة المستشفى أن توقع عليه الجزاءات التي تنص عليها اللوائح(32)، كما أنّ للطبيب في المستشفى من يساعده من ممرضين وأعوان، وهم يخضعون لالتزامين؛ أولهما إلتزام تجاه المستشفى باعتبارهم تابعين له، وثانيهما للطبيب الذي يشرف عليهم(33)، ومن ثمة يمكن إصباغ صفة التابع على الطبيب العامل بالمرفق العام الطبي، وتقرير مسؤولية هذا الأخير عن أخطاء الأول، باعتباره متبوعا من طرفه.

المطلب الثاني: طبيعة الأعمال المرتبة للخطأ الطبي المرفقي يعرِف المستشفى بجانب نشاطاته الإدارية التنظيمية، نشاطا طبيا الأعمال الطبية والعلاجية)؛ فالمرفق الطبي-وهو يسعى لتحقيق غايته الأصلية التي أُنشأ من أجلها: وهي تقديم خدمات صحية - يقوم بنشاطين: أولهما إداري تنظيمي، والثاني أساسي، طبي، علاجي[34].

ومنذ عام 1935 ميّز الاجتهاد القضائي الفرنسي بين ثلاثة أعمال وهي: تنظيم وتسيير المرفق العام الطبي، الأعمال التمريضية العلاجية ، والأعمال الطبية[35]، وذلك في قرار[36] CE ,8/11/1935,Veuve loiseau et philiponneau، وعليه ستتم دراسة أنشطة المرفق العام الطبي من خلال التطرق إلى نشاطه الإداري التنظيمي الفرع الأول ، ثمّ نشاطه الطبي التقني الفرع الثاني .

الفرع الأول: النشاط الإداري التنظيمي: أو تنظيم وسير المرفق الطبي

يقوم المستشفى بعدة نشاطات وأعمال يمكن وصفها بالإدارية، كونها تتسم بالطابع الإداري، ويعتبر من قبيل هذه الأعمال تلك الإجراءات الضرورية لسير مختلف هياكله؛ من توفير إيواء للمرضى والسهر على راحتهم وأمنهم، والتدريب المهني للمهنيين الصحيين[37]، ‹‹وقد قَسَّم الفقه الفرنسي حالات سوء تنظيم وتسيير المرفق العام الطبي إلى عدة فئات، وذلك بحسب طبيعة العمل الذي من خلاله إِرتُكِب الخطأ في تسيير وتنظيم المرفق:

1 فئة الخطأ الإداري، كما في سوء إدارة الملفات الطبية للمرضى
2 فئة حالات التأخر والإهمال، على سبيل المثال التأخر في استقبال المرضى أو تقديم العناية اللازمة لهم.
3 فئة عيوب الرقابة في المستشفيات العامة، كما في حالة خطف الأطفال داخل المستشفيات العامة››[38].

وفي هذا الصدد، تلتزم إدارة المستشفى بتوفير العدد الكافي من العاملين والمرضات لحسن أداء المستشفى للخدمات الطبية المستلزمة

فيه...ومن ثمّة تقوم مسؤولية إدارة المستشفى إذا ما ثبت إخلاله بما سبق ذكره[39].

وإنّ المرفق العام الطبي وإن كان قد أنشأ من أجل هدف واحد أصلي وأساسي له، ألاّ وهو العمل التقني، الطبي والعلاجي، إلاّ أنّ تنظيمه وحسن سيره لا يخلو هو الآخر من الأهمية.

بل إنّ تنظيم المرفق العام الطبي يدخل ضمن إطار حق المريض في الحصول على الضمانات الطبية التي ينتظرها من المرفق[40].

ومن أمثلة الأخطاء في تنظيم وسير مرفق المستشفى، يذكر أحد المؤلفين ما يلي:

- العلاقات السيئة بين الطبيب والأعوان شبه الطبية.
- سوء استعمال أو خلل في العتاد الطبي.
- انعدام الرقابة الطبية[41].
- بل وحتى ما يعرف بالعمل السلبي قد يشكل خطأ مرفقيا ناتجا

عن سوء سير المرفق الطبي، وهذا ما يسمى بعدم سير المرفق أو الجمود الإداري، ومن أمثلة ذلك عدم توفير إدارة المستشفى لمناوبة طبية ليلية بإحدى المناطق النائية، مما يضطر السكان للمعاناة من أجل الوصول لأقرب مستشفى[42].

الفرع الثاني: النشاط الطبي التقني جرى الفقه والقضاء على الأخذ بالتفرقة التقليدية بين العمل الطبي والعمل العلاجي[43]

Les actes médicaux et les actes des soins ordinaires

في النشاط الطبي الأساسي للمستشفى، ويُصرِّح بعض فقهاء القانون الإداري بمصطلح ‹‹العمل الفني›› بدلا من ‹‹العمل الطبي››، و‹‹العمل العادي›› بدلا من ‹‹العمل العلاجي››[44].

وإن هذه التفرقة تجد أهميتها القصوى، بالنظر إلى النتائج القانونية المترتبة عنها، حيث إنّ هذا التمييز يساهم في تحديد نوعية الخطأ الذي تتأسس عليه مسؤولية المستشفى- كما سيتم بيانه إن شاء الله عزّ وجلّ في المبحث الموالي- فيكون هذا الأخير مسؤولا على أساس الخطأ الجسيم

في حالة الضرر الناجم عن العمل الطي، في حين يكفي الخطأ البسيط لقيام المسؤولية في حالة العمل العلاجي[45]، وهذا مع الإشارة إلى أنّ القضاء الإداري الفرنسي قد عرف تطورا ملحوظا بخصوص اشتراط الخطأ الجسيم، سيتم التطرق إليه في حينه إن شاء الله عزّ وجلّ.

وهذه الأهمية هي ما جعلت القضاء والفقه الإداريين يسعيان إلى التمييز بين هذه الأعمال، فاتبعا في أول الأمر معيارا عضويا أولا ليستقرا بعد ذلك على الأخذ بالمعيار المادي ثانيا .

أولا: المعيار العضوي كفيصل للتمييز بين العمل الطي والعمل العلاجي

يكون العمل الطي- حسب هذا المعيار- العمل الذي يقوم به الطبيب أو الجراح أو المختص، وكذلك العمل الذي يقوم به أحد التقنيين، كالمختِرِ تحت إشراف الطبيب أو المختص أو الجراح، ويكون عمل علاجي العمل الذي يقوم به أعوان آخرون غير الأشخاص المذكورين سابقا كالممرض والقابلة[46].

حيث إنّ هذا المعيار استند على صفة القائم بالعمل، وقد اعتمد عليه القضاء الإداري الفرنسي،حيث عرّف الأعمال ‹‹العلاجية›› بأنّها الأعمال التي يقوم بها غير الأطباء، وذلك بموجب قرار[47] CE ,24/06/1925,Michaud وهو نفس الاجتهاد الذي اعتبر فيه الأعمال الطبية تلك التي يقوم بها الأطباء والجراحون والأعمال التي لا يستطيع المساعدون الطبيون القيام بها إلاّ بمرافقة مباشرة من الطبيب وعلى مسؤوليته، بحيث يستطيع أن يتدخل فورا فيما لو طرأ خلل ما[48].

لكن هذا المعيار قد انتُقِد لأنّه غير مقنع وغير صالح للضحية [49]، خاصة في الحالة التي تكون فيها الأضرار اللاحقة بها نتيجة أعمال علاجية بسيطة قام بها طبيب، فهنا يَشُق على الضحية إثبات الخطأ الجسيم في جانب الطبيب بمناسبة قيامه بهذه الأعمال العلاجية البسيطة[50]، لذا هجره القضاء مستعينا بالمعيار المادي، فما مفاد هذا الأخير؟

ثانيا: الاستعانة بالمعيار المادي الموضوعي للتمييز بين الأعمال الطبية والأعمال العلاجية

‹‹بعد أن تبين ضعف المعيار العضوي للتمييز بين الأعمال التمريضية العلاجية والأعمال الطبية،...لجأ القاضي الإداري الفرنسي إلى بلورة معيار أكثر فعالية، حيث اعتبر في قرارROUZET الصادر عن مجلس الدولة الفرنسي في: 1959/06/26، أنّ الأعمال الطبية هي الأعمال التي تحتاج إلى مؤهلات علمية عالية وتنطوي على عمل مُعقَّد نسبيا؛ وبالتالي يكون الاجتهاد قد اعتمد المعيار الموضوعي مُركّزًا على موضوع العمل وليس على الشخص القائم به››[51]، فبموجب هذا القرار فإنّ مجلس الدولة الفرنسي ذهب إلى تقرير أنّ مبادئ المسؤولية الطبية تقوم ليس على صفة الفاعل، وإنّما على طبيعة العمل موضوع المسؤولية[52].

وحسب هذا المعيار‹‹العمل الطبي هو الذي يتميز بصعوبة جدية ويتطلب معرفة خاصة، تُكتَسَب بعد دراسات طويلة، أمَّا العمل العلاجي فهو العمل العادي›› كعملية الحقن، تنظيف وتضميد الجروح،...

تتجسد موضوعية المعيار المادي، رغم صعوبة تطبيقه في حمايته للضحية، وذلك لأنّ أعمال الطبيب بموجب هذا المعيار، قد تخضع للمسؤولية على أساس الخطأ الجسيم أو البسيط، بينما المعيار العضوي كان يشترط الخطأ الجسيم في أعمال الطبيب مهما كانت خطورتها أو تقنيتها[53].

وعليه؛ فإنّ القضاء حاليا، يعتبر الأعمال طبية أم علاجية حسب طبيعتها، فتكون أعمال علاجية تلك الأعمال البسيطة Bénin والدارجة Courant، والتي تتم دون صعوبة، أمّا الأعمال الطبية فقد تتمثل مثلا في تقديم التشخيص L'établissement du diagnostic والفحوصات المعقدة . Les examens complexes [54] وقد طبق القضاء الإداري الجزائري، المعيار المادي للتمييز بين العمل الطبي والعمل العلاجي، حيث جاء في إحدى حيثيات قرار صادر عن الغرفة الإدارية للمحكمة العليا، في قضية المستشفى الجامعي لقسنطينة، ضد ب م في 1978/15/4: ‹‹...حيث إنّه لتحديد عملية العلاج وبمفهومها العام، فليس من الضروري البحث ما إذا كان القائم

بهذه العملية طبيب أم مريض، إذ يجب الأخذ بعين الاعتبار طبيعة هذا العلاج فقط››[55].

المبحث الثاني: النظام القانوني للخطأ الطبي المرفقي

مبدئيا تعتبر مسؤولية السلطة العامة، مسؤولية قائمة على الخطأ، بمعنى أنّه يشترط وجود خطأ من جانب الشخص العام أو من في حكمه لقيام مسؤوليته[56].

وقد جرى القضاء الإداري–سواء في فرنسا أو في الجزائر-على التمييز في نطاق المسؤولية بين نوعين من الخطأ هما: الخطأ الشخصي والخطأ المرفقي[57]، في مسؤولية الإدارة بصفة عامة وهو ما ينطبق كذلك على مسؤولية المرفق الطبي، حيث إنّه ليس مسؤولا إلاّ عن الخطأ المرفقي الذي يرتكبه من يعملون لصالحه دون الخطأ الشخصي الذي يتحمل صاحبه المسؤولية عنه أمام القضاء المدني العادي .

لكن؛ ونظرا لخصوصية أعمال المرفق الطبي، وتعددها وصعوبتها التقنية، فإنّ القضاء الإداري لم يكتف بالتفرقة السابقة بين الخطأ الشخصي والخطأ المرفقي بل ذهب لأكثر من ذلك،حيث ميّز بين الأعمال التي من شأنها إنشاء الخطأ المرفقي وهي: الأعمال الطبية، الأعمال العلاجية، الأعمال التي من شأنها تنظيم وسير المرفق الطبي، وقد كان لهذه التفرقة أثر آخر على التفريق بين الأخطاء الناجمة عن المرفق الطبي حسب درجة جسامتها .Le degré de sa gravité

فإذا كانت القاعدة العامة في مسؤولية الإدارة المبنية على أساس الخطأ المرفقي، أنّها تشترط الخطأ البسيط La faute simple، فإنّ بعض الأحكام اشترطت الخطأ الجسيم La faute lourde[58]، لقيام مسؤولية المرفق الطبي عن بعض الأعمال، نظرا للصعوبات المادية والتقنية التي تواجهه أثناء تأديتها؛ وإنّ هذه الخصوصية كان لها أثر بالغ في تعقيد مهمة المدَّعِي *المضرور* في إثبات الخطأ الحاصل مِن جانب الإدارة وهو ما يتعذَّر عليه في غالب الأحيان؛ كونه يتعلَّق بأعمال تقنية لا يفقهُها إلاَّ

المختصون؛ مما دفَع بالقاضي الإداري للتدخُّل كعادته في مجال إعادة التوازن بين طرفَيْ النزاع؛ فأنشأ نظرية الخطأ المُفترَض أو ما يسمى قرينة الخطأ.

وعليه؛ يمكن القول إنّ القضاء الإداري قد عرف تطورات ملحوظة في معالجته للخطأ الطبي المرفقي، وذلك نتيجة لخصوصية هذا الأخير، ورغبة منه في التخفيف من شدة عدم المساواة التي تعرفها النزاعات الإدارية بشكل عام، فاشترط في بادئ الأمر الخطأ الجسيم في بعض الأعمال، ثم خفف من حدة اشتراطه للخطأ الجسيم المطلب الأول ، ليصل فيما بعد لتأسيس مسؤولية المرفق الطبي على مجرد الخطأ المفترض المطلب الثاني .

المطلب الأول: درجة جسامة الخطأ الطبي المرفقي

بمقتضى قرار BLANCO 1873 فإنّ مسؤولية الإدارة ليست عامة ولا مطلقة، وتخضع لأحكام خاصة تتلاءم مع مقتضيات المرفق، فهذا ما دفع مجلس الدولة ‹‹الفرنسي›› للتمييز بين الأخطاء البسيطة، والأخطاء الجسيمة...؛ وتحديد مسؤولية الإدارة في بعض الفرضيات، في حالات معينة من الخطأ الجسيم يعلل بالاهتمام بعدم إعاقة بعض المرافق التي تعمل في وضعيات حساسة، خشية رؤية مسؤوليتها تقام بكل سهولة من طرف المنتفِعين.

‹‹Dans la logique de l'arrêt Blanco la responsabilité de l'administration ne doit être « ni générale, ni absolue » et obéir à des règles propres qui varient « suivant les besoins du service ». Cela a conduit le Conseil d'État à distinguer les fautes simples et les fautes lourdes.(...) La limitation de la responsabilité de l'Administration, dans certaines hypothèses, au seul cas de la faute lourde se justifierait par le souci de ne pas paralyser certains services, qui fonctionnent par la définition même dans des conditions délicates, par la crainte de voir leur responsabilité engagé trop facilement par les administrés.»[(59)].

وفي مجال المرافق الطبية، فقد استعمل القضاء الإداري هذه التفرقة بين الخطأين الجسيم والبسيط، نظرا لخصوصية بعض أعمال هذه المرافق وتعقيدها؛ وكان يبرر اشتراطه للخطأ الجسيم على أساس أنّ

الطب مهنة صعبة معقدة، وأنّ العمل الطبي يدخل ضمن فئة الإلتزامات ببدل عناية لا تحقيق نتيجة، وأنّ الطبيب غالبا ما يتدخل في ظروف حساسة[60].

حيث نتج عن التمييز بين نشاطات المرفق الطبي السابقة الذكر (أعمال طبية، أعمال علاجية، تسيير وتنظيم المرفق) تحديد طبيعة الخطأ الذي تتأسس عليه مسؤولية المستشفى، فهناك مجال لاشتراط الخطأ البسيط الفرع الأول ، ومجالات أخرى لاشتراط الخطأ الجسيم الفرع الثاني .

الفرع الأول: مجال الخطأ البسيط: فطبقا للقواعد العامة للمسؤولية عن نشاط المرفق الطبي، فإنّ هذا الأخير يسأل على أساس الخطأ البسيط إذا ما كان الضرر ناتجا عن سوء تنظيم أو سوء إدارة المرفق، أو عن سوء تقديم العناية والرعاية اللازمة للمريض بصفة عامة[61].

فتؤسس مسؤولية المستشفى عن الخطأ البسيط بالنسبة للضرر الناجم عن العمل العلاجي، كما تتولد مسؤولية المستشفى على أساس الخطأ البسيط إذا كان الضرر ناتجا عن سوء تنظيم وسير المرفق[62]، وعليه ستتم معالجة الأخطاء في تنظيم وسير مرفق المستشفى أولا ثمّ الأخطاء في الأعمال العلاجية ثانيا .

أولا: الأخطاء في تنظيم وسير مرفق المستشفى

مصطلح الخطأ البسيط يتمثل في ذات الوقت في الخطأ غير الشخصي بالكامل في تنظيم وسير المرفق العام

La faute totalement impersonnelle dans l'organisation et le dysfonctionnement du service ،

كما يشمل الخطأ المرتكب بمناسبة عمل علاجي[63]، يكفي لقيام مسؤولية المرفق الطبي عن تنظيم وتسيير مرافق المستشفى، قيام خطأ بسيط من جانبه، والفكرة الرئيسية في سوء تنظيم وإدارة المرفق الطبي هي مخالفة الإدارة للنصوص التنظيمية التي يمكن تطبيقها في المرافق الطبية[64]، وتتمثل هذه الأخطاء في:

- الأخطاء الإدارية.

- التأخر في استقبال المرضى.
- العلاقات السيئة بين الطبيب والأعوان الشبه الطبية.
- سوء استعمال أو خلل في العتاد الطبي.
- انعدام الرقابة الطبية[65].
- كأن لا يتضمن طاقم المرفق الطبي أي طبيب مختص في التخدير، أو الحراسة غير الكافية في مصلحة الأمراض العقلية[66].

ثانيا: الأخطاء في الأعمال العلاجية: بما أنّ الأعمال العلاجية هي تلك الأعمال العادية والبسيطة، ذات الطابع العادي والسهل، فيكفي فيها الخطأ البسيط لانعقاد مسؤولية المستشفى العام[67].

وتخص أغلبية هذه الحالات الأخطاء المتعلقة بالحقن la vaccination [68]، استعمال الأشعة، التدليك le massage ...

الفرع الثاني: مجال الخطأ الجسيم

اعتبر القضاء الإداري الفرنسي أنّ الخطأ البسيط لا يكفي لعقد مسؤولية الموفق الطبي في حالة ضرر ناجم عن عمل طبي، بل يقتضي توفر خطأ جسيم، أخذا بعين الاعتبار الصعوبات الطبية التي تعترض العمل الطبي والمخاطر التي تنتج عنه[69].

وذلك في قرار CE, Rouzet 1959، وقد اشترط القضاء الجزائري هو الآخر لإقامة مسؤولية المرفق الطبي توفر الخطأ الجسيم عندما يتعلق الأمر بالعمل الطبي، بموجب قرار فريق بن سالم (1979)[70].

وقد عرف الأستاذ Chapus الخطأ الجسيم بأنّه "الخطأ الأكثر خطورة من الخطأ البسيط"[71] إلاّ أنّه رغم أنّ الإجتهاد القضائي الإداري كان يشترط ولفترة طويلة، الخطأ الجسيم لإعمال مسؤولية إدارة المستشفيات في حالة الأعمال الطبية، إلاّ أنّه في الحقبة الحديثة أصبح ينتابه هاجس تعويض المتضررين من جراء الأخطاء الطبية[72]، فتحول في 1992 نقلة نوعية في هذا المجال إذا أصبح يقيم أحيانا مسؤولية المرفق الطبي عن العمل الطبي على أساس الخطأ البسيط.

وعليه يتمّ التمييز بين فترة ما قبل 1992 (أولا)، ثمّ ما بعد 1992 (ثانيا).

أولا: قبل سنة 1992: في هذه الحقبة اشترط القضاء إثبات الخطأ الجسيم لترتيب مسؤولية المستشفى للتعويض عن الأضرار الناجمة عن العمل الطبي[73]، بموجب قرار صادر عن مجلس الدولة الفرنسي في Loiseau 1935.

وبناءً على ذلك يكون المستشفى مسؤولا على أساس الخطأ الجسيم في حالة الضرر الناجم عن العمل الطبي[74]، ومن أمثلة هذه الأخطاء:

يذكر الأستاذ خلوفي رشيد خطأ في تشخيص الأمراض، سوء اختيار العلاج المناسب، خطأ في تنفيذ عملية العلاج[75].

كذلك هناك أخطاء أخرى، مثل الأخطاء الناجمة عن عملية نقل الدم، حيث إن النصوص الجزائرية اعتبرت هذه الأخيرة عملا طبيا[76]، عندما ينسى الطبيب الجراح أجسام غريبة في جسم المريض،...

إلاّ أنّه وكاستثناء، قد تقام مسؤولية المرفق الطبي على أساس الخطأ البسيط، رغم أنّه ناجم عن عمل طبي، وذلك بخصوص الأعمال الطبية التي يتم القيام بها في ظروف مخالفة للقانون؛ فعندما تمارس أعمال طبية في ظروف غير نظامية Irrégulière تعتبر الأضرار الناتجة–وهذا الشيء طبيعي- أنّها راجعة لسوء تنظيم أو سوء سير المرفق، وهو ما قضى به مجلس الدولة الفرنسي في: 1959/11/09 في قضية ساروت[77].

ثانيا: ابتداء من سنة 1992: تعرضت التفرقة السابقة بين الخطأ البسيط والخطأ الجسيم، في مجال المسؤولية الطبية لنقد مرير، منه صعوبة تحديد مفهوم الخطأ الجسيم، كذلك الصعوبة التي يجدها المضرور من جراء الأعمال الطبية في إثبات وجود الخطأ الجسيم، مما دفع بمجلس الدولة الفرنسي إلى التخلي عن فكرة الخطأ الجسيم[78]، وذلك في قراره الشهيرV Epoux 1992/04/10، حيث قضى بأنّ كلّ خطأ حتى ولو كان طبيا أو جراحيا فإنّه يؤدي بطبيعته إلى قيام مسؤولية المستشفى، دون الحاجة لأن يكتسي طابع الخطأ الجسيم[79].

فقد تطور الاجتهاد القضائي، وقبل مجلس الدولة "الفرنسي" بأنّ العمل الطبي، قد يقيم المسؤولية الإدارية بسبب خطأ بسيط

"Le conseil d'état admet que l'acte médical engage la responsabilité administrative pour faute simple (80)"

فمنذ هذا التاريخ فصاعدا، الخطأ البسيط كافي لإقامة مسؤولية المستشفى.

"Désormais la faute simple suffit à engager la responsabilité hospitalière (81)"

ولقد أخذ الإجتهاد القضائي الجزائري، في إحدى أهم وأجرأ قراراته، بهذا المبدأ؛ وذلك في قضية القطاع الصحي بأدرار ومن معه ضد زعاف رقية(82)، بتاريخ: 1999/04/19(83)؛ حيث إنّ مجلس الدولة تكلم عن الخطأ الطبي فقط، ولم يشر إلى وجوب اشتراط الخطأ الجسيم، وبالتالي فإنّ مسؤولية المستشفى قائمة، بغض النظر عن نوعية الخطأ المرتكب، مادام أنّ العمل الطبي (عمل الطبيب) والمتمثل في العلميات الجراحية الثلاثة هو المؤدي إلى ضررين أصابا الضحية وهما:

- العقم الأبدي.
- وفاة البنت بعد ولادتها مباشرة.

بل، وإنّه اكتفى صراحة في قرار آخر بالخطأ البسيط لإنعقاد مسؤولية المستشفى، حيث إنّ الغرفة الإدارية لمجلس قضاء الجزائر بتاريخ 2005/03/02 أسست مسؤولية المستشفى عن فقدان الطفلة ر.ر لبصرها على أساس الخطأ البسيط، إذ جاء في حيثيات القرار أنّ :"...حيث أنّنا أمام مسؤولية المستشفى وقائمة على أساس الخطأ الطبي والذي يعتبر خطأ بسيط، وحيث أن عناصر المسؤولية قائمة ومجتمعة وهي الخطأ البسيط والضرر والعلاقة السببية بينهما..."(84).

ثم ذهب القضاء الإداري إلى أكثر مِن ذلك؛ حيث قلَب عبء الإثبات مِن المدَّعي إلى المدَّعى عليه في بعض الأحيان؛ كما سيتبين في المطلب الموالي.

المطلب الثاني: إثبات الخطأ الطبي المرفقي: القفز نحو نظرية الخطأ المفترض

تلعب عملية الإثبات دورا أساسيا في تحديد مسؤولية مرتكب الفعل المُشَكِّل للخطأ لِما له من أهمية بالغة تنبع من توقف نتيجة الدعوى عليه، وحسب المبادئ العامة في الإجراءات القضائية فإنّه على من يدعي الفعل الضار أن يثبته، وبناء على ذلك فإنّه على طالب التعويض الذي يدعي الخطأ المرفقي أن يثبت وجوده، إلاّ أنّ هذه القاعدة تصطدم بعدة صعوبات تواجهها الضحية ذلك لأنّ إثبات الخطأ يوجد عادة في ملفات الإدارة؛ وهذا ما جعل التطورات الحديثة تتجه إلى البحث عن طرق لتسهيل إثبات الخطأ من قبل الضحية كإلزام الإدارة بتسبيب قراراتها وفرض إمكانية الإطلاع على ملفاتها، وذلك إلى جانب الدور الذي أصبح يلعبه القاضي الإداري في الإجراءات القضائية[85]، فعندما تمتنع الإدارة أو تعجز عن تقديم وثيقة أو ملف بناء على طلب القاضي فإنّ هذا الأخير يعتبر الخطأ المرفقي قائما (حسب ما يستشف من نص م819/2 ق.إ.م.إ)، وكذلك الأمر في حالة إدعاء الإدارة وجود سبب لنفي مسؤوليتها فعليها إثبات ذلك[86].

وقد جاء الاجتهاد القضائي في بعض الميادين بما يسمى بالخطأ المفترض ومفاده نقل عبء الإثبات، إذ إنّ تقنية الافتراض تسمح باستنتاج حقيقة الأفعال الضارة التي يستحيل إثباتها من خلال وجود أفعال ضارة ثابتة[87]، وهنا نجد أنّ القاضي الإداري يستعمل عادة مصطلح "يكشف" (Révèle)، خاصة في الميدان الطبي، وبالتالي إذا كان مريض متواجدا بالمستشفى بسبب مرض معين ليجد نفسه مصابا بمرض أخر لا علاقة له بمرضه الأول في نفس المصلحة، فإنّ القاضي يعتبر الإصابة ناتجة عن خطأ ينسب إلى المستشفى، وقد صدر قرار عن مجلس الدولة في هذا الإطار بتاريخ: 01 مارس 1989 قرار "BALLY"، إذ تمّ نقل مكروب إلى جسم مريض خلال عملية جراحية.

وتعدّ مسؤولية المرافق الطبية مجالا خصبا لتطبيق قرينة الخطأ(88)، وترجع أسباب الأخذ بالخطأ المفترض في هذا المجال إلى عدة عوامل، لعل أهمها:

- غالبا ما يصاب المريض دون أن يتمكن من تحديد الخطأ، ليبقى سبب الضرر مجهولا، مما يشق على المريض إثباته.
- ما دامت الخبرة مسندة لأطباء، فقد تكون منحازة وغير نزيهة(89).

وتجدر الملاحظة إلى أنّ نظرية الخطأ المفترض ما هي إلاّ إحدى حالات تطبيق المسؤولية الخطئية للمرفق الطبي، فالأمر يتعلق دائما بإثبات خطأ مهما كانت طبيعته، كلّ ما في الأمر أنّ وجوده مفترض(90)، وبالتالي لا علاقة للخطأ المفترض بالمسؤولية غير الخطئية للإدارة.

وإنّ مفهوم قرينة الخطأ لا يقتصر على مجرد قلب عبء إثبات الخطأ في حالات يصعب فيها على المتضرر إثبات ذلك، بل إنّ قرينة الخطأ تمثل خطأ في الإدارة وفي الرقابة على التابعين والأعمال التي ينفذونها تحت سلطة وإشراف المتبوع أي الإدارة، فإذا ارتكب التابع الفعل الضار أثناء العمل، بينما كان للمتبوع سلطة الإدارة والإشراف عليه، ماذا يعني ذلك سوى أنّ هنالك خللا أو غيابا أو تقصيرا في الرقابة والإشراف(91)؟

وشروط تطبيق هذه النظرية هما:

- استحالة إثبات الخطأ الذي ترتب عنه الضرر.
- عدم توقع الأضرار(92).

ولقد طبق القضاء الإداري الفرنسي هذه النظرية في عدة قضايا، مثل:

-حالة الأضرار الناتجة عن التلقيح الإجباري، وهذا قبل أن يتدخل المشرع الفرنسي في مجال التلقيحات الإجبارية، لإقرار التعويضات لصالح المضرورين.

- حالة الحوادث المتعلقة بعدوى، أثناء إقامة المريض بالمرفق الصحي العمومي، مع الإشارة بأنّ الخطأ المفترض لا يتعلق بكل أنواع العدوى التي قد يتعرض لها المريض بالمرفق الصحي العمومي.

- كذلك بعض الحوادث التي قد تحصل بمناسبة الإقامة في المؤسسة الصحية، من ذلك مثلا الحروق، هذا عن الأمثلة التي تضمنتها القائمة المحددة التي كان يطبق عليها القاضي الإداري نظرية الخطأ المفترض، إلاّ أنّ هذا القاضي توسع في هذا الصدد، ليطبق هذه النظرية على حالات أخرى وذلك مثلا:

- حالات مراقبة المرضى عقليا.

- حالات العمل الطبي المرتبط مباشرة بالوسائل المادية التي يوفرها المرفق الصحي العمومي.

- حالة إصابة المرضى بتعفنات ما بعد العمليات الجراحية، أو العدوى الجرثومية (infections nosocomiales)، فهناك ما يظهر بأنّ الخطأ المفترض لا يخص فقط الأعمال العلاجية، ذلك أنّ القاضي الإداري يطبق هذه النظرية حتى ولو ادعى المرفق بأنّه اتخذ جميع الإحتياطات اللازمة المتعلقة بالتعقيم.

- كما أنّ القاضي الإداري، افترض وجود خطأ بسبب الأضرار التي لحقت مريض على مستوى مصلحة استشفائية، حيث كان هذا الشخص بصدد معالجة كسر أصيب به، ولكن تسبب المستشفى العام في ضياع الصور الإشعاعية، الشيء الذي أدى إلى عدم تمكين المضرور، ولا الخبير، ولا حتى القاضي من معرفة أصل الخطأ، هذا ما جعل القاضي يفترض وجود خطأ ويلزم المؤسسة الصحية العمومية بالتعويض.

- الحالة التي أصيب فيها شخص باضطرابات عصبية وشلل أحد أطرافه، بعد عملية حقن قامت بها الممرضة.

- ونفس الشيء يطبق في مجال إعلام المريض عن أخطار العمل الطبي الذي يخضع له، وعلى العموم كل المعلومات التي تتعلق به؛ حيث إنّ القاضي الإداري إلى فترة معينة، كان يعتبر أنّ الأخطاء المتعلقة بالإعلام، ورضا المريض، هي مرتبطة أساسا بالسير المعيب للمرفق الصحي(93).

ولم تكن فكرة الخطأ المفترض هي السبيل الوحيد أمام القضاء الإداري للتخفيف عن كاهل المريض في إثبات الخطأ الطبي، إذ لجأ الإجتهاد

مدعما بالفقه، إلى وسائل قانونية أخرى، ربما كانت أبعد أثرا في مفعولها من فكرة قرينة الخطأ، فكان الخيار نحو تقليص نطاق التزام الطبيب ببذل عناية والتوسع في مجال الإلتزامات الطبية بتحقيق نتيجة[94].

وإنّ قرينة الخطأ الناجمة عن عدم تحقق النتيجة بحد ذاتها تتميز بخصائص تختلف عن قرينة الخطأ وفقا لنظرية الخطأ المفترض بشكل عام، فقرينة الخطأ في الحالة الأخيرة تقبل إثبات العكس، في حين أنّ قرينة الخطأ في الحالة الأولى غير قابلة لإثبات العكس، فلا يكفي للتخلص من المسؤولية أن يثبت الطبيب أو الإدارة، في مجال مرفق الصحة العامة، أنّ العناية اللازمة قد بُذلت، بل على الإدارة العامة أن تثبت أنّ الضرر الذي أصاب المريض يرجع إلى سبب أجني أو قوة قاهرة أو خطأ المريض نفسه أو خطأ الغير، كمانع من موانع مسؤولية السلطة العامة.

إنّ قرينة الخطأ الناجمة عن عدم تحقق النتيجة وفقا لما تبين معنا في الأسطر السابقة، هي بمثابة قرينة قاطعة من النوع الذي لا يستطيع أحد غير المشرع أن يقررها، لذلك اعتبرها الدكتور محمد قاسم في الندوة العلمية التي عقدتها كلية الحقوق في جامعة بيروت العربية بمناسبة مرور مائتي عام على إصدار التقنين المدني الفرنسي، على أنّها قرينة شبه قانونية، بالرغم من أنّ المشرع لم يقررها، إلا أنّها تتضمن ذات الأثر الذي تتمتع به القرائن القانونية[95].

لكن في الجزائر، هناك من يلحظ أنّ القضاء الإداري الجزائري لم يعرف التطور الذي وصل إليه القضاء الفرنسي فيما يخص إثبات الأخطاء الطبية المرفقية، فيرى البعض– في ذات السياق- أنّ موقف الإجتهاد القضائي عندنا (بالجزائر) بخصوص المسؤولية الطبية بوجه عام، أنّه يقيمها على أساس الخطأ البسيط عندما يتعلق الأمر بالتنظيم، كما كان عليه الحال في فرنسا[96]؛ كما أنّ القضاء الإداري الجزائري لا يأخذ بنظرية الخطأ المفترض كأساس للمسؤولية الطبية[97].

لكن؛ رغم ذلك، يمكن القول إنّ المسؤولية الإدارية عن نشاط المرفق الطبي عرفت تطورا ملحوظا في الإتجاه نحو حماية المتضررين وكفالة تعويضهم، بل وإنّها تتأسس في بعض الأحيان حتى دون خطأ.

خَاتِمَة

أخيرا؛ بعد هذا التحليل المختصر الذي يترك مجال واسع للبحث والتعليق؛ يمكن القول إنّ القضاء الإداري سار على نفس النهج الذي قد حدده لنفسه في حُكم BLANCO الشهير؛ أين قضت محكمة التنازع الفرنسية أنّ: "المسؤولية الإدارية ليست بالعامة ولا بالمطلقة، بل لها قواعدها الخاصة التي تتغير حسب حاجات المرفق".

حيث إنّه- ونظرا لخصوصية أعمال المرفق الطبي ودقتها- طوّر أحكام مسؤولية هذا المرفق ولم يكتف بإخضاعها للأحكام العامة للمسؤولية الإدارية، وكان الدافع من وراء ذلك هو التوجه نحو حماية المتضررين من هذا النشاط، وتسهيل حصولهم على التعويضات اللازمة.

وفي هذا السياق؛ ظهرت العديد من المبادئ والأحكام التي لم يكن لها مثيل مِن قبل، والهادفة لتوسيع هذه المسؤولية.

لكن يثور التساؤل؛ في الجزائر؛ حول مجال هام وحيوي من مجالات تطبيق مسؤولية المرفق الطبي على أساس المخاطر؛ ألاّ وهو عمليات التلقيح الإجباري، حيث إنّ المشرع فرض التلقيح إجباريا على الأفراد؛ من أجل تحقيق المصلحة العامة (المادة 55 من قانون 85-05 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها)؛ لكن دون أن ينص على الآثار الناجمة عن الأضرار التي قد تترتب من جرّاء هذه العمليات[98]، وهذا نفس الموقف الذي تبنّاه القضاء الإداري الجزائري، حيث إنّه سكت بخصوص هذه النقطة، فلماذا سلك القضاء الإداري الجزائري نفس مسلك المشرع، ولم يقم بتأسيس مسؤولية الدولة عن عمليات التلقيح الإجباري على أساس المخاطر؟ رغم أنّه قضاء إنشائي؟

كما تجب الإشارة في ختام هذا الموضوع، إلى أنّ الإجتهاد القضائي في الجزائر بخصوص مسؤولية الدولة عن نشاطها الطبّي يعرف الكثير من

العوائق التي تحول دون ارتقائه للمستوى الذي وصل إليه نظيره الفرنسي، لعل أبرزها أنّ جهل المواطن في هذا المجال جعله يتخلى عن حقه في المتابعة القضائية، كما أنّ غياب الثقافة القانونية طغى، بالإضافة إلى عائق آخر هو التضامن المهني الموجود بين الأطباء الذين يمانعون في كثير من الأحيان إجراء تحقيق فيما يخص عملهم باعتبار ذلك يمس بمصداقيتهم، كما يعتبرون ذلك بمثابة إهانة لهم ولوظيفتهم، كلّ هذه العوامل لعبت دورا أساسيا في التأثير سلبا على تطور الإجتهاد القضائي في الجزائر.

كذلك مما يعاب على موقف القضاء الإداري الجزائري من المسؤولية الإدارية للمرفق الطبي، أنّه يعتمد على أحكام القانون الخاص، رغم أنّ "مسؤولية الإدارة هي مسؤولية خاصة تخضع لقواعد ذاتية لها، وأنّ أحكام القانون المدني هي أجنبية وغير مطبقة عليها"، ومثال ذلك ما جاء بالقرار الصادر عن الغرفة الإدارية لمجلس قضاء وهران بتاريخ 1999/11/06 والفاصل بين ق.ش والمستشفى الجامعي بوهران، (قرار غير منشور)، حيث جاء بمنطوقه ما يلي: "حيث أنّه تطبيقا للمادة 1326 من القانون المدني فإنّ المتبوع يكون مسؤولا عن الضرر الذي يحدثه تابعه بعمله غير المشروع متى كان واقعا منه في حال تأدية وظيفته أو بسببها...".

الهوامش والمراجع المعتمـــدة

---

(1) انظر: وسيم فتح الله، الخطأ الطبي: مفهومه وآثاره، مقال منشور عبر النت، ص1.

(2) أحمد عيسى، مسؤولية المستشفيات الحكومية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2008، ص9.

(3) رشيد خلوفي، قانون المسؤولية الإدارية، د . م . ج ، الجزائر، ص70.

(4) هواري سعاد، مسؤولية المرافق الصحية العمومية على أساس المخاطر، مجلة الحجة، تصدر عن منظمة المحامين لناحية تلمسان، العدد 3، جانفي 2013، ص58.

(5) وهي تتعلق بالنواحي الأدبية للعلاقة الطبية، وتتعلق هذه المسؤولية بجملة من المبادئ الأخلاقية المطلوبة من جميع الأفراد، غير أنّها في علاقة الطبيب والمريض أشد حرجاً وأهمية؛ وسيم فتح الله، المرجع السابق، ص4.

(6) قمراوي عز الدين، المسؤولية الإدارية للمستشفيات العامة، بحث لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، جامعة وهران، الجزائر، 2002، ص17.

(7) طاهري حسين، الخطأ الطبي والخطأ العلاجي في المستشفيات العامة، دار هومه، الجزائر،2002 ص11.
(8) قمراوي عز الدين، المرجع السابق، 2002، ص18.
(9) المرسوم التنفيذي رقم 97-466، يحدد قواعد إنشاء وتنظيم وسير القطاعات الصحية، ج ر رقم 81، صادرة بـ: 1997/12/10.
(10) قانون رقم 08-09، المؤرخ في 2008/02/25، متضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر عدد21 لسنة 2008.
(11) المرسوم التنفيذي رقم 97-467، يحدد قواعد إنشاء وتنظيم وسير المؤسسات الاستشفائية المتخصصة، ج ر رقم 81، صادرة بـ:1997/12/10.
(12) طاهري حسين، المرجع السابق، ص13.
(13) لمزيد من التفصيل انظر قمراوي عز الدين، المرجع السابق، ص27.
(14) طاهري حسين، المرجع السابق، ص12.
(15) المرسوم التنفيذي 97-465، يحدد قواعد إنشاء وتنظيم وسير المؤسسات الاستشفائية المتخصصة، ج ر رقم 81، صادرة بـ: 1997/12/10.
(16) عمور سلامي، الوجيز في قانون المنازعات الإدارية، د . د . ن ، 2011، ص163.
(17) المرسوم التنفيذي رقم 07-140، المؤرخ بـ: 2007/05/15.
(18) عمور سلامي، المرجع السابق، ص 164.
(19) نفس المرجع، نفس الصفحة.
(20) بودالي محمد، المسؤولية الطبية بين اجتهاد القضاء الإداري والقضاء العادي، المجلة القضائية، العدد 1-2004، صادرة عن المحكمة العليا، الجزائر ،ص 17.
(21) أحمد عيسى، المرجع السابق، ص16.
(22) قمراوي عز الدين، المرجع السابق، ص63.
(23) رمضان جمال كامل، جرائم الخطأ الطبي والتعويض عنها، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2005، ص135.
(24) سمير عبد السميع الأودن، مسؤولية الطبيب الجراح وطبيب التخدير ومساعديهم، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004، ص214.
(25) بودالي محمد ، مرجع سابق، ص18.
(26) نفس المرجع، ص19.
(27) نفس المرجع، نفس الصفحة.
(28) قمراوي عز الدين، المرجع السابق، ص64.
(29) بودالي محمد، المرجع السابق، ص19.
(30) قمراوي عز الدين، المرجع السابق، ص65.
(31) نفس المرجع السابق، ص66.
(32) طاهري حسين، المرجع السابق، ص37.
(33) عميري فريدة، المرجع السابق، ص.19.

(34) عمور سلامي، المرجع السابق، ص 164، بتصرف.
(35) أحمد عيسى، المرجع السابق، ص25.
(36) نفس المرجع، نقلا عن هامش رقم 1، ص25.
(37) عميري فريدة، مسؤولية المستشفيات في المجال الطبي، مذكرة ماجستير في قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، الجزائر،2011، ص17.
(38) أحمد عيسى، المرجع السابق، ص26.
(39) قمراوي عز الدين، المرجع السابق، ص130.
(40) أحمد عيسى، المرجع السابق، ص28.
(41) رشيد خلوفي، مرجع سابق، ص 73.
(42) انظر مقال منشور بجريدة الخبر، بتاريخ: 2013/09/15، ص11، بعنوان "سكان بوخنفيس بحاجة إلى مناوبة طبية ليلية".
(43) بودالي محمد، المرجع السابق، ص22.
(44) قمراوي عز الدين، المرجع السابق، ص113.
(45) رشيد خلوفي ،مرجع سابق، ص72 بتصرف.
(46) قمراوي عز الدين، المرجع السابق، ص113.
(47) أحمد عيسى، المرجع السابق، ص30 بتصرف.
(48) نفس المرجع السابق، ص 36.
(49) رشيد خلوفي، مرجع سابق، ص71.
(50) عمور سلامي، المرجع السابق، ص165.
(51) أحمد عيسى، المرجع السابق، ص37.
(52) بودالي محمد، المرجع السابق، ص22.
(53) رشيد خلوفي، مرجع سابق، ص72.
(54) بودالي محمد، المرجع السابق، ص23.
(55) وردت الإشارة لهذا القرار في، عمور سلامي، المرجع السابق، ص166.
(56) لحسين بن شيخ آث ملويا، دروس في المسؤولية الإدارية؛ الكتاب الأول: المسؤولية على أساس الخطأ، دار الخلدونية، الجزائر، 2007، ص23.
(57) بدران مراد، نظام مسؤولية المرافق الطبية عن التلقيح الإجباري، أشغال الملتقى الوطني حول حماية الطفل، نظَّمته كلية الحقوق بجامعة تلمسان، يوم 2002/03/18.
(58) رشيد خلوفي، المرجع السابق، ص70.
(59)Jean RIVERO et Jean WALINE, droit administratif, 21eme édition, DALLOZ. Page 426.
(60) عميري فريدة، المرجع السابق، ص70.
(61) بدران مراد، نظام مسؤولية المرافق الطبية عن التلقيح الإجباري، المرجع السابق.
(62) عمور سلامي، المرجع السابق، ص167.
(63) بودالي محمد، المرجع السابق، ص23.
(64) بدران مراد، نظام مسؤولية المرافق الطبية عن التلقيح الإجباري، المرجع السابق.

(65) رشيد خلوفي، المرجع السابق، ص73.

(66) G . Leberton ,O.P.Cit , C.E , 8/10/1986 , Langlet /CE 17/02/1988 Dame Bois .

(67) قمراوي عز الدين، المرجع السابق، ص120، بتصرف.

(68) رشيد خلوفي، المرجع السابق، ص73.

(69) أحمد عيسى، المرجع السابق، ص37.

(70) بدران مراد، نظام مسؤولية المرافق الطبية عن التلقيح الإجباري، المرجع السابق.

(71) لحسين بن شيخ آيت ملويا، المرجع السابق، ص79.

(72) جورج سعد، المرجع السابق، ص255 بتصرف.

(73) عمور سلامي، المرجع السابق، ص165.

(74) بودالي محمد، المرجع السابق، ص23.

(75) خلوفي رشيد، المرجع السابق، ص79.

(76) بدران مراد، نظام مسؤولية المرافق الطبية عن التلقيح الإجباري، المرجع السابق.

(77) لحسين بن شيخ آيت ملويا، المرجع السابق، ص 86.

(78) بودالي محمد، المرجع السابق، ص 25.

(79) نفس المرجع، نفس الصفحة.

(80) Antoine DELBLOND, droit administratif, larcier, P 476.

(81) Jean RIVERO et Jean WALINE, droit administratif, 21eme édition, DALLOZ P 426.

(82) الغرفة الأولى، (قرار غير منشور، فهرس 254).

(83) تتلخص وقائع هذه القضية في ما يلي: أقامت السيدة "رقية" بمستشفى أدرار (القطاع الصحي) لوضع حملها، ولقد أجريت لها عمليتان جراحيتان أثناء الولادة، كما توفيت البنت مباشرة بعد الولادة، نتيجة لتلك العملية الجراحية أصيبت بعاهة مستديمة والمتمثلة في العقم.

رفعت المعنية دعوى أمام الغرفة الإدارية لمجلس قضاء أدرار للمطالبة بالتعويض عن الأضرار التي أصيبت بها من جراء الأخطاء الطبية، فقرر المجلس تعيين خبير طبي، والذي توصل إلى أنّ الخطأ الطبي قائم فعلا وهو الذي أدى إلى عقم المعنية، إضافة إلى وفاة ابنتها بعد الولادة، وقدر العجز الكلي عن العمل بمائة في المائة.

بعدها أعادت السيدة "رقية" القضية أمام الغرفة الإدارية طالبة التعويض، فقررت هذه الأخيرة بتاريخ 1996/01/31 بإلزام القطاع الصحي لولاية أدرار بأن يدفع للمدعية مبلغ خمسون مليون سنتيما تعويضا عن الضرر المادي والمعنوي تحت ضمان شركة التأمين لولاية أدرار.

استأنف القطاع الصحي القرار أعلاه أمام مجلس الدولة بتاريخ 1996/03/30، ولقد أصدر مجلس الدولة قراره بتأييد القرار المستأنف، وأسس قضاءه على أنّ القرار المستأنف مسبب، لكون أساس على التقرير الطبي والذي خلص إلى ما يلي:

إن المدعية تعرضت لعدة أخطاء طبية مؤكدة، لكونها دخلت المستشفى لوضع حمل عادي، وأنه انقضت مدة طويلة ما بين العملية الجراحية الثانية والثالثة أي تسعة عشر يوما.

أنها تعاني حاليا من عاهة مستديمة وهي العقم الأبدي.

وفاة البنت مباشرة بعد الولادة، وعلى ذلك فالخطأ الطبي قائم.

فمجلس الدولة أسس أحقية الضحية في التعويض على أساس ارتكاب عدة أخطاء طبية.

(84) عميري فريدة، المرجع السابق، ص72.

(85) J. Waline ,J. Rivero ; OP.CIT ,page : 283.
(86) J .Moreau ; OP.CIT, page : 631.
(87) J.MOREAU ; OP.CIT ,page :631.

(88) عبد الرؤوف هاشم بسيوني، قرينة الخطأ، في مجال المسؤولية الإدارية، ص145.

(89) عيساني رفيقة، المسؤولية الطبية أمام القاضي الإداري، ص116.

(90) نفس المرجع السابق، ص115.

(91) أحمد عيسى، مسؤولية المستشفيات الحكومية، دراسة مقارنة، ص 58.

(92) عيساني رفيقة، مرجع سابق، ص118.

(93) عيساني رفيقة، المرجع السابق، ص 124 إلى 126.

(94) أحمد عيسى، المرجع السابق، ص60.

(95) المرجع السابق، ص 62،63.

(96) بودالي محمد، المرجع السابق، ص 24، 25.

(97) عيساني رفيقة، المرجع السابق، ص .122.

(98) بدران مراد، نظام مسؤولية المرافق الطبية عن عمليات نقل الدم، أشغال الملتقى الوطني حول حماية الطفل، نظّمته كلية الحقوق بجامعة مستغانم، أيام 16،17،18/04/2002.

الإثبات في مجال المسؤولية الإدارية لمؤسسات الصحة العمومية عن نشاطها الطبي

أ.فطناسي عبد الرحمن
جامعة قالمة

¥

إنّه بفعل التطورات العلمية الحديثة والمتسارعة في المجال الطبي، وما يترتب عنها من ظهور وسائل وطرق علاجية جديدة باستمرار من جهة، وانتشار أنواع أخرى من الأمراض من جهة ثانية، ازداد عدد المتضررين من النشاط الطبي بمؤسسات الصحة العمومية نتيجة لتعدد وتنوع الأخطاء الطبية المرتكبة من قبل مستخدمي هذه المؤسسات من أطباء وشبه طبيين، مما جعل من المسؤولية الإدارية الأداة القانونية الفعالة لمواكبة هذا التطور بإيجاد توازن يهدف إلى خلق جو من الطمأنينة لمستخدمي هاته المؤسسات أثناء ممارستهم لمهامهم من جهة، وتوفير قدر كافٍ من الحماية للمنتفعين من الخدمات التي تقدمها بإنصاف المتضررين من نشاطها الطبي، وحفظ حقوقهم في طلب التعويض عن ما لحقهم من ضرر من جهة أخرى.

وفي هذا الإطار، وبعد استكمال المسؤولية الإدارية لجميع أركانها الأساسية من خطأ وضرر وعلاقة سببية، يكون للمتضرر من النشاط الطبي لمؤسسات الصحة العمومية الحق في طلب التعويض عمّا لحقه من ضرر، غير أنّه لن يتأتى له ذلك إلاّ بعد إثبات عناصر هذه المسؤولية أمام القضاء الإداري، حيث يشكل هذا الأخير(الإثبات) في المجال الطبي عنصرا أساسيا تتوقف عليه نتيجة الدعوى، لكن في معظم الأحيان تعترضه عدة صعوبات متنوعة تحول من دون تحقيقه، الأمر الذي يثير إشكالية رئيسة تتمثل في:

ما مدى إمكانية إثبات عناصر المسؤولية الإدارية لمؤسسات الصحة العمومية؟

مما يثير عدة أسئلة فرعية تعلق بـ:

- ما هو مفهوم الإثبات، وما هي أهميته في المجال الطبي؟
- على من يقع عبء الإثبات في مجال المسؤولية الإدارية لمؤسسات الصحة العمومية؟

من خلال هذه المداخلة نحاول الإجابة على كل هذه التساؤلات في عدة محاور، حيث نتطرق أولاً إلى مفهوم الإثبات في المجال الطبي وأهميته (المبحث الأول)، ثمّ نتناول أهمّ الصعوبات التي تعترض إثبات عناصر المسؤولية الإدارية لمؤسسات الصحة العمومية وسبل معالجتها (المبحث الثاني)، كما نتطرق بعد ذلك إلى مسألة عبء الإثبات في المسؤولية الإدارية لمؤسسات الصحة العمومية (المبحث الثالث)، ونبين مكانة الخبرة الطبية في الإثبات ومدى تأثيرها على قرار القاضي الإداري (المبحث الرابع)، ونتوج دراستنا هذه باستخلاص مجموعة من النتائج نرفقها بعدة اقتراحات .

المبحث الأول: مفهوم الإثبات في المجال الطبي وأهميته

نتطرق أولاً إلى تعريف الإثبات بشكل عام، ثمّ نبين مدى أهميته في دعاوى المسؤولية الإدارية لمؤسسات الصحة العمومية من خلال عرض بعض النماذج من التطبيقات القضائية في الجزائر بخصوص هذا الموضوع.

المطلب الأول: تعريف الإثبات

يعرّف الإثبات بأنّه إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق القانونية لإثبات وجود حقّ متنازع عليه أو نفيه مما يمكن القاضي من معرفة الحقيقة في الدعوى المنظورة أمامه(1)، أمّا في المجال الطبي، فالمقصود بعبء الإثبات هو واجب الخصم في إقامة الدليل على صحة ما يدعيه، أي واجبه في إقناع القاضي بالوسائل التي يحددها القانون على صحة ما يدعيه وينازعه فيه خصمه(2).

وبخصوص محل الإثبات، فهو يتمثل في السبب المنشئ للحق المدعى بوجوده أو زواله أو وصفه، حيث لا يرد الإثبات على الحق ذاته بل على المصدر المنشئ له أو المؤدي إلى زواله، أو إلحاق وصف به، سواء كان هذا المصدر يمثل تصرفا قانونيا أو واقعة مادية، وبهذا المعنى فمحل الإثبات

هو الواقعة القانونية بالمعنى الواسع لهذا الاصطلاح حيث يشمل التصرف القانوني والواقعة المادية على حد سواء [3].

المطلب الثاني: أهمية الإثبات في المجال الطبي وتطبيقاته

إنّ الإثبات في المجال الطبي يكتسي أهمية بالغة تنبع من توقف نتيجة الدعوى عليه، فإثبات الخطأ الطبي مثلا يعني إثبات ركن أساسي في المسؤولية سواء المدنية بوجه عام أو المسؤولية الطبية بوجه خاص، على هذا الأساس، فإذا استلزم أن يثبت المريض خطأ الطبيب أو خطأ المرفق الطبي العام ولم يستطيع ذلك فلا يمكن ترتيب أي مسؤولية على الطرفين، بالمقابل فإذا استطاع الطبيب نفي ادعاء المريض بوجود خطأ من جانبه فإنّه يتخلص من المسؤولية[4] .

وتتجلى أكثر أهمية الإثبات من خلال التطبيقات القضائية المتعلقة بدعاوى مسؤولية مؤسسات الصحة العمومية في الجزائر، حيث جعل مجلس الدولة الفصل في الدعوى وحماية حقوق المتضررين من النشاط الطبي لهذه المؤسسات، مرتبط بمدى إثبات عناصر هذه المسؤولية من خطأ أو ضرر أو علاقة سببية وأكد على ذلك في العديد من قراراته منها القرار رقم 048785 الصادر بتاريخ: 2010/01/28 الفاصل في قضية (المركز الاستشفائي الجامعي بالدويرة) ضد (د، ع)، والذي نصّ بالقول: (أنّه لا يوجد هناك ما يثبت وجود خطأ طبي من طرف المستأنف، مما يتعين إلغاء القرار المستأنف والفصل من جديد برفض الدعوى لعدم التأسيس)[5].

وأكدّ على ذلك في القرار رقم: 042304 بتاريخ: 2009/03/25 الفاصل في قضية السيدة (م، د) ضد (القطاع الصحي لولاية تبسة)، حيث صرح بالقول: (حيث أنّ الضرر ثابت وقد حددته وعددته الخبرة المنجزة)، ثم قرّر إلغاء القرار المستأنف القاضي برفض الدعوى لعدم التأسيس، والفصل من جديد بإلزام المستأنف عليه وهو القطاع الصحي بتعويض الضحية[6].

لكن رغم الأهمية البالغة الي يكتسيها الإثبات في دعاوى مؤسسات الصحة العمومية، لا تزال تعترضه صعوبات مختلفة تحول دون تحقيقه في كثير من الأحيان، مما يثير التساؤل حول ما طبيعة هذه الصعوبات؟ هذا ما سنحاول الإجابة عليه فيما يلي.

المبحث الثاني: صعوبات إثبات عناصر المسؤولية الإدارية لمؤسسات الصحة العمومية

إذا كان إثبات الضرر يعدّ بالأمر اليسير ولا يثير كثيرا من الإشكال، فإنّ الأمر غير ذلك بالنسبة لإثبات الخطأ الطي والعلاقة السببية، حيث تعترضهم عدة صعوبات منها ما يتعلق بطبيعة النشاط الطي، ومنها ما يتعلق بعوامل ذاتية وأخرى موضوعية، تجعل في غالب الأحيان من الصعب إن لم نقل من المستحيل تحقيقه من قبل المتضررين، هذا ما سنتطرق له بشيء من التفصيل.

المطلب الأول: الصعوبات المتعلقة بإثبات الخطأ الطبّي والضرر

إنّ إثبات وجود خطأ أو إهمال أو تقصير في العناية الطبية من طرف المدعي، تواجهه صعوبات كثيرة منها على سبيل المثال ما يتعلق بمسألة التأكد بشكل دقيق مما جرى أثناء العملية الجراحية أو العلاج، ومدى ضمان شهادة خبير لإقامة الدليل على النقص أو التقصير في العناية المطلوبة، وإمكانية التخلص من أيّ تحيّز من قبل القاضي لصالح الطبيب[7] .

ومن صعوبات الإثبات كذلك، ما يتعلق خاصة بالخطأ الفني، حيث لا يكون للشهود اعتبار في تحديد خطأ الطبيب، حيث إنّ العمل الجراحي مثلا يجري في قاعة لا يدخلها إلاّ أفراد الفريق الطي الذين ينتمون إلى وسط واحد، وحتى في حالة وجود الشاهد فإنّه يتعذر عليه إثبات الخطأ الفني بسبب جهله في الكثير من الأحيان بعمل الطبيب، بل إنّ الشهادة لا تكون مقبولة في هذا المقام ما لم تكن صادرة من أطباء أصحاب خبرة فنية[8] .

وقد لا يمكن اللجوء إلى شهادة الشهود أصلا في مسألة الإثبات، لأنّ جهاز التمريض أو الأطباء المساعدون قد لا يجرؤون على الإدلاء بشهادتهم

خوفا من متبوعيهم على عملهم أو تضامنا معهم، أمّا بالنسبة لأهل المريض فشهاداتهم تشوبها العاطفة وأحيانا تكون مبالغا فيها[9]، ومما يضاعف من صعوبة الإثبات بالنسبة للمريض، ما يواجه به عادة من التزام أعضاء الفريق الطبي بالصمت بحجة المحافظة على السرّ المهني أحيانا، وإظهارا للتضامن بين زملاء المهنة الواحدة أحيانا أخرى[10].

المطلب الثاني: الصعوبات المتعلقة بإثبات العلاقة السببية

إنّ إثبات قيام رابطة السببية بين الخطأ والضرر ليس بالأمر السهل خاصة في مجال العمل الطبي حيث يرجع ذلك أساسا إلى الطبيعة الغامضة للجسد البشري وطريقة التدخل الجراحي الذي يتمّ عادة والمريض في غيبوبة تامة تحت تأثير التخدير في قاعة خاصة، لا يوجد بجانبه أحد من ذويه، بل يقتصر الحضور إلاّ على أعضاء الفريق الطبي من أطباء وممرضين ومساعدين، وكل هؤلاء ينتمون إلى وسط واحد مما يجعلهم في كثير من الأحيان يحابون زميلهم الطبيب المخطئ ولا يفرطون بمصلحته، الأمر الذي يؤدي إلى صعوبة إثبات علاقة السببية حتى من طرف أهل الخبرة[11].

كما أنّ إقامة الدليل أو إثبات وجود فرصة شفاء المريض في مجال المسؤولية الطبية بصفة خاصة يثير كذلك الكثير من الصعوبات، فلكي يتمكن المريض أو ورثته من إثبات فرصة شفائه أو بقائه على قيد الحياة فإنّ ذلك يقتضي منهم إقامة الدليل على السبب الحقيقي لعدم شفائه أو وفاته، وهذا الأمر يكون من الصعب تحقيقه في أغلب الأحيان خاصة في حالة وفاة المريض على إثر عملية جراحية مثلا، فكيف يكون لورثته إقامة الدليل على أنّ الطبيب الجراح كان بإمكانه تفادي موت مورثهم بإتباع أسلوب معين في الجراحة، وبالخصوص إذا كانوا لا يعرفون السبب الحقيقي لوفاة مورثهم[12].

ومما زاد من صعوبة الإثبات في مجال المسؤولية الطبية، هو انتشار استعمال الآلات الطبية المعقدة ودخولها الحقل الطبي، مما يجعل من غير المستساغ بل من المجحف إبقاء قاعدة (البينة على المدعي) في كل الحالات

على كاهل المريض[13]، حيث يستحيل عليه ذلك، ومن جهة أخرى ثار جدال كبير حول مسألة تعدّ في غاية الأهمية بالنسبة للصعوبات المتعلقة بالإثبات في المجال الطبي، التي تتمثل أساسا في مدى تجرد خبراء الطب الشرعي وحيادهم، حيث تثور شكوك حول إمكانية كشفهم عن الحقيقة بحكم علاقات الزمالة والصداقة أو التبعية مع المدعى عليهم وهم في غالب الأحيان أطباء.

ومما يعزز هذا التصور في الجزائر، هو الخوف من التفسير الضيق والخاطئ لعنصر الزمالة الذي خصّه المشرع الجزائري بفقرة كاملة في المرسوم التنفيذي المتضمن مدونة أخلاقيات الطب[14]، حيث أكدّ على أنّ الزمالة تعتبر واجبا أساسيا في العلاقة التي تربط بين الأطباء وجراحي الأسنان، ويجب على كل من الأطباء وجراحو الأسنان أن يتضامنوا تضامنا إنسانيا، وأن يتبادلوا المساعدة المعنوية فيما بينهم[15].

بالرغم من أنّ هذه النصوص جاءت صريحة وتصّب كلّها في مصلحة المريض، إلاّ أنّ الشكوك تبقى تحوم حول مدى تفسيرها التفسير السليم من قبل بعض الخبراء عند إجرائهم للخبرة الطبية الشرعية، وبالنتيجة يكون من الصعب جدا العثور على خبير يكون مستعدا لاتهام زميلا له، وتصبح بذلك علاقات الزمالة والصداقة بين الأطباء تشكل سدا منيعا بين المريض أو ذويه وبين الحق الذي يطالب به[16] .

ويتأكد هذا الأمر أكثر بالرجوع إلى مختلف التطبيقات القضائية في الجزائر حيث تدحض الشك باليقين بتجسيدها ميدانيا لمثل هذه الممارسات، فمن خلال قرار مجلس الدولة رقم: 38376 بتاريخ: 2008/05/28 الفاصل في قضية (ع، م) ضد (المستشفى الجامعي مصطفى باشا) أو ما يسمى بالمركز الإستشفائي الجامعي مصطفى باشا (وهي التسمية القانونية الصحيحة)، حيث أعاب المستأنف على قرار أولّ درجة فيما قضى به من تعويض ضئيل من جهة، وما شاب الخبرة الطبية من عيب تمثل في تأثر الطبيب الخبير بزملائه من جهة ثانية، حيث أكدّ المستأنف أنّ الخبير تفوه أمامه بأنّه لا يمكن أن يشهد ضد زملائه رغم أنّ الأمر يتعلق بالمسؤولية التقصيرية،

وعليه، طلب المستأنف تأييد القرار مع رفع مبلغ التعويض، لكن، بالرغم من ذلك قضى مجلس الدولة بعدم اللجوء إلى إجراء خبرة ثانية والاكتفاء بتقرير الخبرة المنجز (المعيب) وتأييد القرار المستأنف مع الإبقاء على مبلغ التعويض الأصلي دون تعديله [17].

من خلال ما سبق يتأكد بما لا يدع مجالا للشك، إمكانية تضامن الخبير مع زملائه عند إجرائه للخبرة الطبية الشرعية، مما يؤدي إلى هدر حقوق الضحايا أو ذويهم في التعويض.

لذا، نرى أنّه من الضروري أن يتدخل كلّ من القضاء والتشريع لإيجاد حلول مناسبة لهذا الإشكال إنصافا للمتضررين من النشاط الطبي لمؤسسات الصحة العمومية، وحماية لحقوقهم أو حقوق ذويهم في التعويض ليساير بذلك ما ذهب إليه كلّ من الفقه والقضاء في أوروبا وأمريكا، حيث حاولا سلك طرقا أخرى لإعمال مبدأ المسؤولية الطبية وتعويض ضحايا الخطأ الطبي، بإضافة حلول أخرى مختلفة تتمثل في تطوير موجب بذل العناية واعتماد مبدأ افتراض المسؤولية في بعض القضايا، مما يؤدي إلى قلب عبء إثبات وجود الخطأ حيث يلقي على عاتق الطبيب أو المؤسسة الإستشفائية العمومية إثبات عدم وجوده [18].

المطلب الثالث: صعوبات الإثبات الذاتية والموضوعية

كما تواجه عملية إثبات عناصر مسؤولية مؤسسات الصحة العمومية صعوبات أخرى منها ما يرتبط بعوامل ذاتية تتعلق بشخص المريض المتضرر من النشاط الطبي لهذه المؤسسات وأخرى موضوعية تعلق بظروف الممارسة الطبية بهذه المؤسسات وطريقة تسييرها، حيث تتلخص فيما يلي:

الفرع الأول: جهل المريض بالعلوم الطبية: إذا ادعى المريض إخلال الطبيب الممارس بمؤسسة الصحة العمومية بالتزامه القانوني، يكون عليه إثبات قلة العناية أو الإهمال من جانبه، لكن المريض غالبا ما يكون جاهلا بالمعارف الطبية، وبالتالي لا يمكنه إثبات أنّ الطبيب لم يبذل العناية الكافية والمتفقة مع أصول الطب على اعتبار أنّ ذلك يتطلب حدا أدنى من المعرفة العلمية والثقافة الصحية [19].

الفرع الثاني: النظرة التقديسية لمهنة الطب لدى أفراد المجتمع: إنّ الطبيب يمارس مهنة تعدّ من أنبل المهن، يسعى من خلالها للحفاظ على الحياة البشرية، حيث يعتبر المهني الوحيد الذي وصف بالحكيم، وهي صفة توحي بنوع من العبقرية وعلو الشأن والمقام مقارنة بالآخرين على هذا الأساس ساد الاعتقاد عند العديد من الأفراد بأنّ الطبيب لا يخطئ ومنزه عن الأخطاء، مما أدى بالمجتمع إلى إضفاء نوع من القدسية على أعماله الطبية، واعتباره إنساناً فوق الخطأ وأنّ نبل مهنته لا يفترض فيها الجهل والإهمال أو التقصير والتسبب في الموت [20].

غير أنّ هذه النظرة أصبحت في تراجع مستمر بفعل إصرار عديد المتضررين أنفسهم من النشاط الطبي لمؤسسات الصحة العمومية أو ذويهم على المطالبة بالتعويض جراء ما لحقهم من ضرر، حيث أصبحت القضايا المرفوعة أمام القضاء الإداري من قبل هؤلاء بخصوص هذا الموضوع في تزايد مستمر .

الفرع الثالث: ضعف مستوى الوعي لدى المريض أو ذويه: قد يسود لدى المتضرر أو ذويه اعتقاد مفاده أنّ ما حصل له من أضرار مختلفة مردّها إلى القضاء والقدر، ولا يمكن الأخذ بالأسباب لتجنب وقوعها، حيث يكون لزاما عليه تقبلها والتسليم بها، مما يمنعه من متابعة من تسبب له في الضرر.

الفرع الرابع: تدهور وضعية مؤسسات الصحة العمومية

إنّ مما يصعب من مهمة الإثبات على المتضرر من النشاط الطبي لمؤسسات الصحة العمومية أو ذويه في الجزائر بالخصوص، وضعية هذه المؤسسات وظروف الممارسة الطبية بها، حيث تعاني في معظمها من اكتضاض كبير بسبب الإقبال الكثيف عليها خاصة في المدن الكبرى، مع نقص الأجهزة والآلات الطبية المتطورة، حتى إن وجدت تكون في معظم الأحيان عاطلة أو لا تلبي حاجات كل الأفراد في الوقت المناسب ناهيك عن النقص الفادح في الأطباء الأخصائيين في العديد من التخصصات، خاصة في مناطق الجنوب، مما يؤثر على نوعية الخدمات الطبية ويصعب من مطالبة الطبيب ببذل

جهود صادقة ويقظة تتفق مع الأصول العلمية للتمكن من إثبات الخطأ من جانبه.

الفرع الخامس: عدم العناية بالملف الطبي للمتضرر عند تواجده بالمصلحة وبعد مغادرته لها

من بين الصعوبات التي تواجه كذلك المتضرر من النشاط الطبي لمؤسسات الصحة العمومية في الإثبات تلك التي تتعلق بالملف الطبي باعتباره الوثيقة الرسمية التي تحتوي على كلّ ما يتعلق بحالة المريض الصحية والطرق التي تمّ اعتمادها لعلاجه، حيث نجد في معظم المؤسسات الصحية العامة أنّ الملف الطبي يكون في متناول الجميع حتى أولئك الذين هم خارج الفريق الطبي للمصلحة المتواجد بها المريض، كما يكون بإمكان أي طبيب في حالة متابعته قضائيا استرجاعه وإجراء تعديلات عليه تخص طريقة العلاج أو المراقبة الطبية مثلا بعد ما تمّ حفظه في الأرشيف، مما يصعب من وجود دليل إثبات للتقصير أو الإهمال، حيث يؤدي إلى تغيير الحقائق وبالتالي إهدار حقوق المتضررين، الأمر الذي وقفنا عليه شخصيا بإحدى مؤسسات الصحة العمومية.

بناءً على هذا نرى أنّه من الضروري اعتماد مسؤولي هذه المؤسسات نظاما إلكترونيا لحفظ الملفات الطبية مباشرة بعد مغادرة المرضى لها، وعدم تركها في متناول الجميع أثناء تواجده بها، وكلّ هذا للحيلولة دون إجراء تعديلات عليها من طرف الطبيب أو غيره في حال حصول متابعة قضائية، ولتمكين الضحية من استخلاص أدلة إثبات عن ما لحقه من ضرر جراء النشاط الطبي لهذه المؤسسات، وحماية حقوقه أو ذويه في التعويض.

بعد ذلك يثور التساؤل من جانب آخر حول من يقع عليه عبء الإثبات؟ ما مدى تطبيقه في القضاء الإداري الجزائري؟ هذا ما سنجيب عليه فيما يلي.

المبحث الثالث: عبء الإثبات في مسؤولية مؤسسات الصحة العمومية وتطبيقاته

إنّ تعويض المتضرر من النشاط الطبي لمؤسسات الصحة العمومية أو ذويه، يقتضي إثبات عناصر المسؤولية الإدارية لهذه المؤسسات، سواء القائمة على الخطأ أو تلك القائمة على أساس المخاطر، لكن الإشكال

يثور حول من يقع عليه عبء الإثبات؟ وما مدى تطبيقه من قبل القضاء الإداري الجزائري؟

المطلب الأول: عبء الإثبات الواقع على المريض بمؤسسة الصحة العامة

إنّ ادعاء المريض خطأ مؤسسة الصحة العمومية التي عولج فيها، يجعل منه مدعيا حسب القواعد العامة يقع عليه عبء إثبات ما يدعيه، هذا ما تمّ إعماله سواء تعلق الأمر بأحكام جهة القضاء العادي، أو أحكام جهة القضاء الإداري الفاصلة في دعاوى مسؤولية مؤسسات الصحة العمومية[21].

لكن؛ بالنظر إلى واقع وظروف الممارسة الطبية بمؤسسات الصحة العمومية، فإنّ إعمال قاعدة عبء الإثبات يقع على عاتق المدعي في مجال دعاوى المسؤولية المرفوعة تجاه هذه المؤسسات يجعل من مهمة المريض شبه مستحيلة، وقد ينتج عنه عدم انعقاد هذه المسؤولية إطلاقا مما يؤدي إلى تمتع هذه المؤسسات بحصانة تجعل من المستحيل نسبة الخطأ إليها[22].

فإذا كان عبء الإثبات يمثل في حد ذاته مشقة لكل من يلقى على عاتقه، فمن المؤكد أنّه يشكل مشقة أكثر في المجال الطبي، حيث يمثل في حالات كثيرة تكليفا بما لا يطاق نظرا لظروف الممارسة الطبية، ولخصوصية العلاقة بين الطبيب والمريض، حيث لا يتصور قيامها إلا على الثقة المتبادلة بين طرفيها مما يحول في واقع الأمر دون استعداد المريض المسبق للحصول على دليل يمكن الاستعانة به لإثبات خطأ من وضع ثقته فيه عندما يتطلب الأمر ذلك[23]، لذا فمنطق العدالة يقتضي الحكم بإلقاء عبء الإثبات على عاتق الطرف الأكثر قدرة على القيام به، حيث يمتلك الطبيب هذه القدرة، ويمكن أن تتوافر كذلك لديه مختلف عناصر الإثبات، أو على الأقل يكون هو الأقدر على استجماعها[24].

المطلب الثاني: عبء الإثبات الواقع على مؤسسة الصحة العمومية

إذا ما تمّ إثبات عناصر المسؤولية من قبل المتضرر جراء النشاط الطبي لمؤسسات الصحة العمومية يكون على القاضي الإداري القضاء بمسؤولية هذه المؤسسات في التعويض، حيث لا يمكنها درء ذلك عنها إلاّ بإثباتها

توافر مانع من موانع هذه المسؤولية التي تختلف باختلاف طبيعة النظام الذي أقيمت عليه، فإذا قامت على أساس الخطأ فدرؤها لن يكون إلا بإثبات خطأ الضحية أو خطأ الغير أو حدوث، أمّا إذا أسست على المخاطر فدرؤها يكون بإثبات القوة القاهرة أو خطأ الضحية من قبل مؤسسات الصحة العمومية[25].

المطلب الثالث: التطبيقات القضائية لعبء الإثبات في دعاوى مؤسسات الصحة العمومية في الجزائر

مما تجدر الإشارة إليه أولا أنّه يجب على القاضي الإداري بشكل عام أن لا يتحمل بنفسه عبء الإثبات في الدعوى، كما هو الشأن بالنسبة للقاضي العادي، فعبء الإثبات لا يقع في الأصل على القاضي وإنما يقع على الخصوم، حيث يكون المتضرر ملزما بإقناع القاضي بصحة دعواه[26].

في هذا الإطار فصل مجلس الدولة الجزائري في العديد من القضايا من خلال عدة قرارات منها، القرار رقم: 044283 بتاريخ: 2009/05/27 الفاصل في قضية: (الشركة الجزائرية للتأمين وكالة البليدة رمز 1603) ضد (ورثة المرحوم (ق،ع)، ومستشفى بن بوالعيد بالبليدة)، حيث أكدّ مجلس الدولة حين فصله في القضية بالقول: (حيث أنّه ثابت أنّ الضحية تعرض لخطأ طبي أثناء تخديره من طرف المرض وأنّ مسؤولية المستشفى قائمة بصفته مسئولا عن الخطأ المرتكب من طرف موظفيه أثناء تأدية عملهم)[27].

مما سبق نخلص إلى القول بأنّه على الرغم من أنّ عبء الإثبات في دعاوى مسؤولية مؤسسات الصحة العمومية حسب المبادئ العامة، يقع على عاتق المدعي أو المضرور، غير أنّ مجلس الدولة الجزائري حين فصله في معظم القضايا - إن لم نقل جلّها – المتعلقة بهذا الموضوع، يقرّ صراحة بثبوت الخطأ الطبي دون تحديد من قام بإثباته حيث يستخلص القاضي الإداري بنفسه الأدلة القانونية باعتماد عدة طرق منها على وجه الخصوص الخبرة الطبية الشرعية وملف الضحية ليقرّر في الأخير ثبوت عناصر المسؤولية أو عدم ثبوتها.

فإنّ لجوء القاضي الإداري لمثل هذا الحل، وعلى الرغم من أنّه يمكنه من الفصل في القضية، إلاّ أنّه قد يخرجه عن إطار وظيفته القضائية، ويؤدي به إلى لعب دور الخصوم وإمكانية التحيز لصالح أحد أطراف الدعوى، لذا نرى أنّه من الأجدر بالقاضي الإداري العدول عن هذا الموقف والعمل على إيجاد طرق أخرى نتيجة للصعوبات التي تعترض المتضرر في الإثبات، كقلب عبء الإثبات مثلا في ذلك ما ذهب إليه القاضي الفرنسي في هذا الإطار.

لكن على الرغم من اعتبار كل الطرق جائزة لإثبات عناصر المسؤولية، إلاّ أنّ القاضي الإداري عادة ما يعتمد بالدرجة الأولى على تقرير الخبرة للتأكد من وجود الخطأ، فما مدى فاعلية الخبرة الطبية في الإثبات؟ وما مدى تاثيرها على قرار القاضي الإداري هذا ما سنتطرق له بشيء من التفصيل.

المبحث الرابع: دور الخبرة الطبية في الإثبات ومدى تأثيرها على قرار القاضي الإداري.

تحتل الخبرة الطبية باعتبارها دليل إثبات مكانة بارزة في دعاوى مؤسسات الصحة العمومية، لذا نتطرق في البداية إلى مفهوم الخبرة الطبية وبيان طبيعتها القانونية، ثمّ نحاول تحديد الإشكالات المتعلقة بإعداد الخبرة الطبية في الجزائر، ونبين مدى تأثيرها على حكم القاضي الإداري.

المطلب الأول: مفهوم الخبرة الطبية وبيان طبيعتها القانونية

نتناول في هذا الإطار مدى تعريف المشرع الجزائي للخبرة الطبية، ثمّ نبين طبيعتها القانونية.

الفرع الأول: تعريف الخبرة الطبية في التشريع: فقد أولى المشرع الجزائري عناية بالغة بالخبرة الطبية، حيث أفردها ببند خاص في مدونة أخلاقيات الطب تحت عنوان ممارسة الطب وجراحة الأسنان بمقتضى الخبرة، حيث عرّفها بأنّها عبارة عن عمل يقوم به كلّ من الطبيب أو جراح الأسنان المعين من قبل القاضي، أو السلطة القضائية، أو هيئة أخرى يقدم من خلاله مساعدته التقنية، بهدف تقدير حالة شخص معين الجسدية، أو

العقلية وتقييم بعد ذلك التبعات التي قد تترتب عليها آثار جنائية أو مدنية[28].

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للخبرة الطبية: يرى بعض الفقهاء أنّ الخبرة تمثل شهادة فنية، على اعتبار أنّها صورة من صور الشهادة، كما ذهب البعض الآخر إلى القول بأنّ الخبرة تختلف عن وسائل الإثبات الأخرى من حيث إنّها تتضمن رأيّا فنيا منطقيا يخضع لمطلق السلطة التقديرية للقاضي[29]. أمّا المشرع فقد اعتبر عمل الخبير، مجرد إجراء توضيحيا لواقعة مادية تقنية أو علمية محضة للقاضي، ولا يلزم المحكمة في أي شيء وقت النضر في موضوع الدعوى، حيث يمكن للقاضي أن يؤسس حكمه على تقرير الخبرة بصفة كلية أو جزئية، كما له أن يعد له ما دام غير ملزم برأي الخبير[30]، ومن جهة أخرى فإنّ للخصوم أن يبدو كلّ ما لديهم من ملاحظات وأوجه دفاع عن حقوقهم وقت النظر في الموضوع وإبداء ما لهم من تحفظ على تقرير الخبرة أثناء مناقشته[31].

إلاّ أنّ الخبير عند إجرائه للخبرة، يمكن أن تعترضه في بعض الأحيان عدة إشكالات وعراقيل تصعب من مهمة تحقيق ذلك.

الفرع الثالث: تحديد إشكالات إعداد الخبرة الطبية يواجه خبراء الطب الشرعي حاليا أثناء أدائهم لمهامهم العديد من الصعوبات، تجد مصدرها الأساسي في التباعد الصارخ بين المجالين الطبي والقانوني من جهة، وبعض الإشكالات تتعلق بالجانب العملي والتنظيمي للقضاة من جهة أخرى.

في هذا الإطار أكدّ البروفيسور بلحاج رشيد (أخصائي في الطب الشرعي) بأنّ الصعوبات التي تقف في وجه خبراء الطب الشرعي عند إعدادهم لخبرات سليمة، تتعلق أساسا بانعدام الثقافة الطبية الشرعية عند الطبيب، مقابل عدم اطلاع القضاة على التقنيات الجديدة للطب الحديث، الأمر الذي يترك الضحية تائها بين ثلاث مصالح رسمية ابتداء من الخبراء الشرعيين، الجهة القضائية، بالإضافة إلى التعقيدات التي تفرضها مصالح التأمينات[32]، كما تعترض الخبير كذلك في مهامه صعوبات أخرى، تتمثل في غياب الإجماع حول التقنيات المستعملة، إضافة إلى كون معظم

الخبرات تجرى في بعض الأحيان بعد مرور عدة سنوات عن الحادث، حيث تكون المعطيات العلمية قد تغيرت[33]، وتواجه الخبرة الطبية كذلك صعوبات ذات طبيعة موضوعية، تتعلق بالتقرير في حد ذاته، وأخرى شخصية تعود إلى الخبير نفسه.

تتمثل الصعوبات الموضوعية أساسا في الاختلاف الكبير بين المعطيات النظرية المجردة وتلك الواقعية الملموسة، فلكي يكون تقرير الخبرة الطبية سليما، يجب على الطبيب الخبير أن يراعي جيدا الفارق في مثل هذه الظروف، حيث يكون من الصعب عليه القيام بمهامه في ظلّ المعطيات الحالية التي تختلف تماما عن تلك التي كان يمارس فيها الطبيب محلّ المساءلة أثناء حدوث الضرر.

أمّا بالنسبة للصعوبات الشخصية، فهي تتمثل بالخصوص في مدى حياد الخبير تجاه زميله الطبيب محل المساءلة، مما قد يؤدي إلى نقص القيمة القانونية للخبرة الطبية وإلى اهتزاز الثقة في الخبراء بصفة عامة، بسبب التضامن المهني الذي ينتج عنه نوع من التسامح بين الأطباء الزملاء، كما تطرح أمام الخبير إشكالية عدم معرفته بدقة للحالة الصحية السابقة للضحية، مما يؤدي إلى صعوبة تقدير ما إذا كان الحادث سببا في تفاقم الضرر أم عمل على ظهوره فقط[34].

كما تعترض الخبير في تأدية مهامه كذلك عدة إشكالات لا تزال عالقة تثير الكثير من التساؤلات، حيث لخصها البروفيسور بلحاج رشيد، في أربع جوانب، أبرزها ما يتعلق بمدى معرفة القضاة للمناهج العلمية الحديثة في مجال الخبرة الطبية، ونقص تكوينهم في مجال التقنيات الحديثة الخاصة بالجراحة والتخدير، كالجراحة العامة بالمنظار، حيث تكثر الأخطاء الطبية[35]، يضاف إلى ذلك الإشكال القانوني المتمثل في نقص الاجتهاد القضائي المتعلق بصياغة قرارات قضائية تغطي النقص الفادح في التشريعات الخاصة بالأخطاء الطبية، وآخر تقني يتمثل في استعمال كلّ الوسائل التقنية الحديثة دون معرفة آثارها الجانبية ومجالاتها.

وبعد إنجاز الخبرة الطبية يطرح إشكال آخر لا يقل أهمية عن سابقيه على مستوى المحكمة، يتمثل في الترجمة بين القاضي والخبير، نظرا لتكوين الطرفين المختلف حيث تابع الطبيب الخبير تكوينه باللغة الفرنسية مئة بالمائة، مما يجعل مسألة تنوير القاضي تبقى مرهونة بمدى إلمامه الجيد باللغة الفرنسية، وأمام هذه الوضعية يلجا القضاة إلى تبني حلّ آخر يتمثل في طرح أسئلة مباشرة على الخبير، غير أنّ الإشكال الذي يثور عادة هو أنّه في أغلب الحالات تكون أسئلة القاضي غير مطابقة مع الإشكال المطروح، فيكون الخبير حينها مجبرا بالإجابة على أسئلة القاضي دون إبداء أي رأي خارج إطارها(36).

وعلى الرغم من أنّ المشرع(37) أكدّ على أنّه بإمكان الخبير عند الاقتضاء الاستعانة بمترجم أثناء قيامه بالخبرة، شريطة أن يتم اختياره من بين المترجمين المعتمدين(38) أو يرجع في ذلك إلى القضاء، غير أنّ هذا لن يحلّ الإشكال المطروح، حيث إنّ الأمر لا يتعلق بترجمة مصطلحات لغوية، فتقرير الخبرة الطبية في الجزائر يحرر بصفة كلية باللغة الفرنسية، ويحتوي على مصطلحات علمية بحتة لا يمكن تفسيرها إلا من طرف أهل الخبرة والاختصاص في نفس الميدان(39).

ويتضح ذلك أكثر من خلال تصفح بعض تقارير مصالح الطب الشرعي بمؤسسات الصحة العمومية التي نورد تقريرا منها على سبيل المثال لا الحصر، حيث خلص تقريرا لخبير إلى نتيجة تتمثل فيما يلي:

Conclusion

(…Le retard de diagnostic de la rupture utérine est lie D une part au caractère insidieux – a bas bruit – de la rupture et d autre part l absence de radiologue de garde qui aurait pu détecter a temps l hemopéritoine mais il faut savoir que même diagnostique a temps l hystérectomie d hémostases aurait été le seul traitement face a la rupture utérine déchiqueté.(40)

ولتذليل مختلف هذه الصعوبات، ودفعا للإشكالات العملية العالقة، وتدارك النقائص المسجلة على تقرير الخبرة، أوجب المشرع على الخبير أن يضمن تقريره حدا أدنى من المعلومات، لإضفاء نوع من الشفافية

والجدية على عمله[41]، فأصبح الخبير ملزما بأن يضمن تقريره على وجه الخصوص:

- أقوال وملاحظات الخصوم ومستنداتهم .
- عرضا تحليليا عما قام به وعاينه في حدود المهمة المسندة إليه.
- نتائج الخبرة [42].

وبالرغم من كلّ الصعوبات التي تواجه الخبرة الطبية، إلاّ أنّ هذه الأخيرة تبقى تشكل في واقع الأمر الدليل الأساسي للإثبات في مجال المسؤولية الطبية، فما مدى ما تأثيرها على حكم القاضي؟

المطلب الثاني: مدى تأثير الخبرة الطبية على حكم القاضي وتطبيقاتها

نتناول مدى قوة تقريرا الخبرة الطبية في مجال الإثبات، وتأثيرها على حكم القاضي الإداري.

الفرع الأول: مدى قوة الخبرة الطبية في الإثبات: إذا كانت الخبرة الفنية ضرورية في الأمور العلمية والفنية، فإنّها في المجال الطبي تبدو أشد ضرورة، نظرا لما تكتسيه من أهمية بالغة بالنسبة لمختلف القضايا المتعلقة بالمسؤولية الطبية، على اعتبار أنّ محلها الجسم البشري من جهة، ومن جهة أخرى فحياة الإنسان وسلامة جسده تأتي في مقدمة مراتب الاهتمام[43].

مما سبق يمكن القول بأنّ تقرير الخبرة الطبية يعتبر عنصرا هاما من العناصر التي يستعين بها القاضي عند تقديره القانوني لخطأ الطبيب المهني أو الفني، إذ إنّ تحول تقرير الخبرة من المجال الطبي إلى المجال القانوني يجعل منه عنصرا يضاف إلى عناصر أخرى يعتد بها على المستوى القانوني، حيث يكون للقاضي حينئذ السلطة التامة في الموازنة بينها ومن ثمّ الأخذ بما يراه أكثر حجية[44].

لهذا يمكن القول بأنّ تقرير الخبرة يكون له تأثير على القرار الذي يفصل به القاضي بصفة نهائية في الخصومة القائمة، ويتضح ذلك خاصة عند السير في القضية بعد إنجاز الخبرة ومناقشتها والتأكد من مدى احترام الخبير للإجراءات القانونية الواجب اتباعها، حيث يكون لتقرير الخبرة عندئذ قيمة وقوة في الإثبات[45]، ويصبح على إثرها بين

يدي القاضي تقدير في لسلوك الطبيب محل المساءلة، حتى وإن كان من الثابت أنّ القاضي غير ملزم بما ورد في تقرير الخبير، وما خلص إليه من نتائج[46]، وبمعنى آخر إنّ القاضي الإداري ليس ملزما بالأخذ برأي الخبير إذا قرّر أنّه ظاهر الفساد، أو أنّه يتعارض مع أدلة أخرى أكثر إقناعا من الناحية القانونية، بالمقابل فإنّه بإمكان القاضي الإداري أن يأخذ بتقارير الخبراء، حتى في حالة تعارض رأي أحدهم مع رأي غيره ما دام أنّه اقتنع بأنّها واضحة الدلالة على خطأ الطبيب[47]، وإذا كان هذا هو المبدأ، فإنّ القاضي في واقع الأمر يأخذ في أغلب الحالات بنتيجة التقرير الفني الذي ينتهي إليه الخبير، ويتضح ذلك من خلال إشارته بصريح العبارة في حيثيات حكمه لما ورد بتقرير الخبرة، حيث يشير قاضي الموضوع في حكمه مثلا إلى نسبة حدوث الخطر الذي أصاب المريض وفق ما ورد بتقرير الخبرة الطبية[48]

الفرع الثاني: الخبرة الطبية ومدى تأثيرها في قرار القاضي الإداري

لاستخلاص مدى تأثير الخبرة الطبية على قرار القاضي الإداري يجب الرجوع إلى مختلف التطبيقات القضائية التي وردت في هذا الإطار، فمن خلال تفحص العديد من قرارات مجلس الدولة الجزائري الصادرة في هذا المجال يتبين بوضوح أنّ الخبرة الطبية لها أثر بالغ على طبيعة الحكم أو القرار النهائي الفاصل في القضية حيث إنّ القاضي الإداري سواء على مستوى الغرفة الإدارية بالمجلس القضائي أو الغرفة الثالثة بمجلس الدولة يعتمد بدرجة كبيرة، وأحيانا بصفة كليّة على تقرير الخبرة الطبية لتأسيس قراره الفاصل في القضية، سواء بتأييد القرار المستأنف أو رفضه والفصل من جديد في القضية، وتقدير التعويض الممنوح للضحية، حيث يشير إلى ذلك صراحة ضمن حيثيات القرار، ويتجسد هذا بوضوح في العديد من قرارات مجلس الدولة الفاصلة في دعاوى مؤسسات الصحة العمومية، والتي نورد البعض منها على سبيل المثال لا الحصر.

حيث اعتمد مجلس الدولة بصفة كلية في إحدى قراراته على تقرير الخبرة الطبية باعتباره دليل إثبات في تحميله المسؤولية للمرفق الصحي

العمومي، ويتعلق الأمر بالقرار رقم: 38175 بتاريخ: 2008/04/30 الفاصل في قضية: (المركز الاستشفائي الجامعي لباب الوادي) ضد (ح،خ،د)، حيث أكدّ قضاة مجلس الدولة حين فصلهم في الاستئناف بالقول: (حيث يرى مجلس الدولة أنّه تبعا لما ورد في الخبرة يتعين تحميل المركز الاستشفائي المستأنف عليه في وقته المناسب مثلما توصل إليه الطبيب الخبير، حيث أصاب قضاة أول درجة فيما قضوا به من تعويض عادل روعيت فيه ظروف وملابسات وقائع القضية، مما يتعين تأييد قرارهم المستأنف)(49).

وفي قرار آخر يتبين مدى تأثير الخبرة في مصير الدعوى ككل، ويتعلق الأمر بالقرار رقم: 049168 المؤرخ في: 2010/01/28 الفاصل في قضية (ق، ع ، ق) ضد (مدير المستشفى الجامعي مصطفى باشا)(50)، حيث فصل مجلس الدولة برفض القضية لعدم التأسيس، مؤسسا قراره بصفة كلية على تقرير الخبرة الطبية، وصرّح بالقول: (حيث بعد الإطلاع على أوراق ملف القضية وخاصة تقرير الطبيب، وكما جاء في تقرير الخبير صراحة بأنّ: العجز الجنسي الدائم ليس له علاقة بالعملية الي أجريت لمدعي المستأنف، حيث أمام هذا الوضع تكون دعوى المدعي المستأنف غير مؤسسة من أصلها ويتعين رفضها)(51).

من خلال ما سبق نخلص إلى القول أنّه إذا كان من الثابت أن تقرير الخبرة غير ملزم بالنسبة للقاضي بصفة عامة، فبالرجوع إلى التطبيقات القضائية في الجزائر يتبن أنّ القاضي الإداري جعل منه ملزما ضمنيا حين الفصل في دعاوى مؤسسات الصحة العمومية، وذلك من خلال تأسيس قراره بصفة كلية على تقرير الخبرة كدليل إثبات دون سواه، لذا يمكن القول بأنّه إذا كان تقرير الخبرة الطبية يتضمن في أغلب الأحيان رأيّا فنيا منطقيا يساعد القاضي بدرجة كبيرة على تأسيس حكمه، فإنّه في بعض الأحيان يكون غير ذلك، لهذا نرى أنّه من الضروري اعتماد القاضي على أدلة إثبات أخرى إضافة إلى تقرير الخبرة الطبية عند

الفصل في القضية، لتوفير حماية أكثر لحقوق المتضررين من النشاط الطبي لمؤسسات الصحة العمومية.

خاتمة

على ضوء هذه الدراسة توصلنا في النهاية إلى حصر بعض النتائج أرفقناها بمجموعة من الاقتراحات تتمثل في:

أ- النتائج:

1- إنّ الإثبات في المجال الطبي يكتسي أهمية بالغة، تنبع من توقف نتيجة الدعوى عليه، غير أنّ إعمال مبدأ (عبء الإثبات يقع على المدعي) في دعاوى مسؤولية مؤسسات الصحة العمومية، يعد غير كاف لحماية حقوق المتضررين من النشاط الطبي لهذه المؤسسات، حيث يجعل من مهمة المريض بصفته مدعيا شبه مستحيلة، نتيجة للصعوبات العديدة التي قد تعترضه في ذلك.

2- تنفرد الخبرة الطبية بدور بارز في الإثبات، حيث تعتبر الوسيلة التي يمكن من خلالها تحقيق التقاطع بين المجال الطبي والمجال القانوني، مما أدى بالقاضي الإداري إلى جعلها ملزمة ضمنيا حين فصله في العديد من القضايا المتعلقة بالنشاط الطبي لمؤسسات الصحة العمومية، على الرغم من أنّها ذات طبيعة استشارية مما يوفر حماية أكثر للمتضررين، غير أنّها تبقى تعتريها العديد من شبهات.

3- يشكل الملف الطبي للمريض بمؤسسات الصحة العمومية وثيقة هامة، حيث تلعب دورا بارزا في الإثبات نظرا لما يحتويه من بيانات حول وضعية المريض الصحية، وتمكن المتضرر من المحافظة على حقه في التعويض، مما يستوجب إحاطته بعناية فائقة من قبل مسئولي هذه المؤسسات.

ب- الاقتراحات:

1- قلب عبء الإثبات بإلقائه على عاتق الطرف الأكثر قدرة على الإتيان به والمتمثل في الطبيب لضمان حقوق المتضررين، حيث يمكن أن تتوافر لديه مختلف عناصر الإثبات أو بإمكانه استجماعها.

2-تبني سياسة تكوين قضاة مختصين في مجال المسؤولية الطبية لمواكبة التطورات السريعة والمستمرة في هذا الميدان، وإدراج تدريس قانون المسؤولية الطبية كمقياس لطلبة كلية الحقوق ومعاهد العلوم الطبية على حد سواء.

4-اعتماد مسؤولي مؤسسات الصحة العمومية نظاما إلكترونيا لحفظ الملفات الطبية بعد مغادرة المريض المؤسسة، للحيلولة دون إجراء تعديلات عليه، أو سحب وثائق منه في حالة حصول متابعة قضائية، لتمكين الضحية من إثبات ما لحقه من ضرر جراء التقصير أو الإهمال بما يكفل له أو لذويه الحق في التعويض.

5- تشكيل لجنة طبية متخصصة ومحايدة لإجراء الخبرة الطبية، كإجراء لدرء الشبهات الي تشوب تقرير الخبرة الطبية.

الهوامش والمراجع المعتمـــدة

(1) عايدة الشامي، خصوصية الإثبات في الخصومة الإدارية، المكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية، القاهرة، 2008، ص5.

(2) محمد حسن قاسم، إثبات الخطأ في المجال الطبي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، القاهرة، 2006، ص3.

(3) عبد الرؤوف هاشم بسيوني، قرينة الخطأ في مجال المسؤولية الإدارية، دار الفكر الجامعي، القاهرة، 2007، ص18-19.

(4) إبراهيم علي حمادي الحلبوسي، الخطأ المهني والخطأ العادي في إطار المسؤولية الطبية، دراسة قانونية مقارنة، منشورات الحلي الحقوقية، بيروت، 2007، ص211 .

(5) قرار مجلس الدولة الجزائري رقم: 048785، بتاريخ 2010/01/28، فهرس41، قضية (المركز الاستشفائي الجامعي بالدويرة)، ضد (د، ع)، غير منشور.

(6) قرار مجلس الدولة الجزائري رقم: 042304، بتاريخ 2009/03/25، فهرس377، الغرفة الثالثة قضية (م، د) ضد (القطاع الصحي لولاية تبسة)، غير منشور

(7) أسعد عبيد الجميلي، الخطأ في المسؤولية الطبية المدنية، دار الثقافة، القاهرة، 2009، ص458.

(8) إبراهيم علي حمادي الحلبوسي، المرجع السابق، ص212.

(9) توفيق خير الله، مسؤولية الطبيب الجراح عن خطئه المهني، المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين، ج01، المسؤولية الطبية، منشورات الحلي الحقوقية، بيروت، 2004، ص503.

(10) محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص64.

(11) إبراهيم علي حمادي الحلبوسي، المرجع السابق، ص81.
(12) أسعد عبيد الجميلي، المرجع السابق، ص460.
(13) أسعد عبيد الجميلي، المرجع نفس، ص468 .
(14) المرسوم التنفيذي رقم 92-276، مؤرخ في 06 يوليو 1992، يتضمن مدونة أخلاقيات الطب الجريدة الرسمية، العدد 52، بتاريخ: 1992/07/08.
(15) المواد 59 ،60 من المرسوم التنفيذي رقم 92- 276، المؤرخ في 06 يوليو 1992 .
(16) أسعد عبيد الجميلي، المرجع السابق، ص459.
(17) قرار مجلس الدولة الجزائري رقم 38376، بتاريخ: 2008/05/28، فهرس 474، الغرفة الثالثة قضية (ع ، م) ضد (المستشفى الجامعي مصطفى باشا)، غير منشور.
(18) توفيق خير الله، المرجع السابق، ص504.
(19) الفاضل عاشوري، الأخطاء الطبية، رسالة مقدمة لنيل شهادة ختم الدروس بالمعهد الأعلى للقضاء الجمهورية التونسية، السنة الدراسية 2001-2002، ص73.
(20) الفاضل عاشوري، المرجع نفسه، ص74- 75 .
(21) محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 42.
(22) محمد حسن قاسم، المرجع نفسه، ص 58.
(23) محمد حسن قاسم، المرجع نفسه، ص 63-64.
(24) محمد حسن قاسم، المرجع نفسه، ص56.
(25) وسيلة قنوفي، الإدارية للمرفق الطبي العام، مذكرة ماجستير، قانون عام، كلية الحقوق، جامعة فرحات عباس، سطيف ،2004-2005 ، ص179 .
(26) عبد الرؤوف هاشم بسيوني، المرجع السابق، ص 27- 28 .
(27) قرار مجلس الدولة الجزائري رقم: 044283، بتاريخ: 2009/05/27، فهرس633، الغرفة الثالثة، قضية (الشركة الجزائرية للتأمين وكالة البليدة رمز 1603) ضد (ورثة المرحوم (ق، ع) و مستشفى بن بوالعيد بالبليدة)، غير منشور.
(28) المادة 95 من المرسوم التنفيذي 92-276، مؤرخ في 06 جويلية 1992 .
(29) منصور عمر المعايطة المسؤولية المدنية والجنائية في الأخطاء الطبية، مركز الدراسات والبحوث جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 2004، ص124.
(30) تنص المادة 144 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على: (يمكن للقاضي أن يؤسس حكمه على نتائج الخبرة، القاضي غير ملزم برأي الخبير، غير أنّه ينبغي عليه تسبيب استبعاد نتائج الخبرة).
(31) عبد الرحمان بربارة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، منشورات بغدادي، الجزائر، 2009، ص143.
(32) رتيبة صدوقي، نقص تكوين القضاة في مجال الخبرة العلمية، جريدة الخبر اليومي العدد: 5990، بتاريخ 09 ماي 2010، ص15.
(33) Marc Duval – Arnould, Droit et sante de l enfant, Op, cit , p 92.

(34) وسيلة قنوفي، المرجع السابق، ص 182- 183.

(35) كشف البروفيسور بلحاج رشيد، مختص في الطب الشرعي، أنّ 40 بالمائة من الأخطاء الطبية ترتكب في مصالح طب النساء والتوليد، تليها أخطاء الجراحة العامة بالمنظار بنسبة 21 بالمائة، ثمّ الأخطاء الناجمة عن الجراحة التجميلية والتشخيص الخطأ للمرض للتفصيل أكثر، راجع: رتيبة صدوقي، نقص تكوين القضاة، المرجع السابق، ص15.

(36) رتيبة صدوقي، نقص تكوين القضاة في مجال الخبرة العلمية، المرجع السابق، ص15.

(37) تنص المادة 134 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على: (إذا تطلب الأمر أثناء القيام بالخبرة اللجوء إلى ترجمة مكتوبة أو شفوية بواسطة مترجم، يختار الخبير مترجما من بين المترجمين المعتمدين، أو يرجع إلى القاضي في ذلك).

(38) عبد الرحمان بربارة، المرجع السابق، ص138.

(39) انظر الملحق رقم 2 و3 كنموذج من مجموع هذه التقارير.

(40) رضا نورة، خبرة طبية، مصلحة الطب الشرعي، القطاع الصحي الحكيم عقي، تسخير قاضي التحقيق لدى محكمة قالمة الجزائر، بتاريخ ، 2006/10/09 .

(41) عبد الرحمان بربارة، المرجع السابق، ص 140.

(42) المادة 138 من قانون 08-09 ، مؤرخ في 23فيفري 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية، العدد 21، بتاريخ 2008/04/23.

(43) منصور عمر المعايطة، المرجع السابق، ص124.

(44) محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص220.

(45) نصر الدين هنوني، نعيمة تراعي، تقديم: رشيد خلوفي، الخبرة القضائية في مادة المنازعات الإدارية، دار هومة، الجزائر، 2007، ص 154- 155.

(46) محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 219.

(47) حسين طاهري، الخطأ الطي والخطأ العلاجي في المستشفيات العامة، (دراسة مقارنة)، دار هومة، الجزائر، 2002، ص64 .

(48) محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 219 - 220 .

(49) قرار مجلس الدولة الجزائري، رقم 38175، بتاريخ 2008/04/30، فهرس416، الغرفة الثالثة.

(50) التسمية القانونية الصحيحة هي: المركز الاستشفائي الجامعي مصطفى باشا.

(51) قرار مجلس الدولة الجزائري رقم 049168، بتاريخ: 2010/01/28، فهرس 75، الغرفة الثالثة.

المسؤوليّة الجزائية للطّبيب في القانون والاجتهاد القضائي الجزائري

أ.بن عمارة صبرينة
المركز الجامعي لتامنغست

¥

مهنةُ الطبّ مهنة إنسانية، معقدة بسبب ما قد تسفر عنه من إصابات في جسم الإنسان قد تؤدي أحيانا إلى وفاته، كما أنّ الطبيب إنسان ليس معصوما من الخطأ، إضافة إلى تطور العلم وإتساع أفاق المعرفة مما أدى إلى زعزعة ثقة المريض في الطبيب الذي يعالجه وبفضل قواعد مسؤولية الطبية تلاشت فكرة حصانة الطبيب المهنية المطلقة عن أخطائه الطبية، وأصبح خروج الطبيب عن السلوك الفني الصحيح وعن القواعد الطبية المعروفة يؤدي لا محال إلى مساءلته جزائيا عن أخطائه سواء كانت بحسن نية (غير عمدية) أو كانت بسوء نية (عمدية).

وإنّ الأعمال الطبية بمفهومها الواسع أصبحت تحظى اليوم باهتمام كبير من طرف العديد من دول العالم، نظرا لما تثيره من مشكلات قانونية حديثة تنصب كلها حول موضوع الحماية القانونية لحرمة الكيان الجسدي للإنسان من المخاطر والإعتداءات التي قد تصيبه كنتيجة لإساءة استخدام الطرق الحديثة.

وعليه؛ نتساءل عن مدى وجود مسؤولية جنائية تغطي موضوع الأخطاء الطبية في مواجهة الطبيب، وفيما تتمثل درجة الخطأ الطبي الموجب للمسئولية، وهل تكفي لحماية المريض؟

تعتمد الدراسة أساسا على القانون الجزائري من جهة، وعلى الممارسة القضائية الجزائرية في هذا المجال من جهة أخرى، متبعين في ذلك ثلاثة محاور هي:

المحور الأول: المسؤولية الجزائية للطبيب عن الجرائم العمدية.

المحور الثاني: المسؤولية الجزائية للطبيب عن الجرائم غير العمدية.

المحور الثالث: إثبات الخطأ الطبّي.

التعريف بالمسؤولية الجنائية الطبية

تعريف المسؤولية: المسؤوليةُ لغة تعني المطلوب الوفاء به، وتعني المحاسبة عنه، وهي تطلق بصفة عامة على حال أو صفة من يسأل عن أمر تقع عليه تبعة[1].

تعريف المسؤولية الجنائية: لم تضع التشريعات المقارنة تعريفا جامعا ومانعا لمعنى المسؤولية الجنائية، كما هو عليه بالنسبة للتشريع الجزائري الذي أغفل عن ذلك في قانون العقوبات الجزائري[2]، فقد اكتفى فقط بذكر حالات انعدامها، والشروط العامة لها.

إختلف الفقه في تعريف المسؤولية الجنائية، فقد عرفها البعض بأنّها صلاحية الشخص لتحمل العقوبة التي يقررها القانون كأثر للجريمة التي إرتكبها[3]، وقد عرفها آخرون بأنّها أهلية الشخص العاقل لتحمل الجزاء الذي يقرره قانون العقوبات[4].

واعتبرها آخرون بأنها علاقة قانونية تنشأ بين الفرد والدولة يلزم بموجبها الفرد إزاء السلطة العامة بالإجابة عن فعله المخالف للقاعدة الجنائية، والخضوع لرد الفعل المترتب على تلك المخالفة[5].

أمّا المسؤوليّةُ الجنائيّةُ في الشريعةِ الإسلاميّةِ، فهي تحمل الإنسان العاقل نتائج الأفعال المحرومة التي يرتكبها، وهو مختار وقاصد العصيان[6].

تعريف المسؤولية الطبيّة: كثيرا ما يترتب على المهنة الطبية أخطاء قد تطرح للنقاش أمام القضاء لتحديد مسؤولية المستشفيات والأطباء والمرضين والصيادلة بغية الوقوف على مختلف النواحي التي تضبط هذه؟

كثيرا ما يترتب على المهنة الطبية أخطاء قد تطرح للنقاش أمام القضاء لتحديد مسؤولية المستشفيات والأطباء والمرضين والصيادلة بغية الوقوف على مختلف النواحي التي تضبط هذه؟

المسؤولية في التشريع وفي الإجتهاد القضائي، الأصل في مسؤولية الطبيب أنّ معظمها يقع بفعل خطأ الطبيب التي غالبا ما تكون متصلة

بعمله الطبيّ فكثيرا ما تقوم مسؤوليته القانونية التي هي على ثلاثة أقسام[7]:

- مسؤولية مدنية تتحقق عندما يخل الطبيب بإلتزام تعاقدي أو عندما يرتكب فعلا ضارّا يتجلّى في الخطأ التقصيري، ويترتب عليه ضرر يصيب المجني عليه ويكون الجزاء فيه بتعويض هذا الأخير وجبر الضرر الذي أصابه.
- مسؤولية جزائية تقوم عند مخالفة قاعدة قانونية آمرة أو ناهية يرتب القانون على مخالفتها عقوبات قانونية معينة وتتجلى في الإثبات بفعل يجرمه القانون أو الإمتناع عن فعل يعده القانون جريمة ويعاقب عليه.
- مسؤولية تأديبية تقوم كنتيجة عن مخالفة الإلتزمات القانونية المفروضة على الطبيب.

في كل الحالات تكون المسؤولية الجزائية محددة بنص القانون وتخضع لمبدأ الشرعية التي جسدها المشرع الجزائري في المادة الأولى من قانون العقوبات "لا جريمة ولا عقوبة أو تدبير أمن بغير قانون".

خصائص المسؤولية الجزائية للطبيب: تتمثل تلك الخصائص فيما يلي[8]:

- يجب أن تقع عن خطأ سواء كان عمديًا أو غير عمديّ[9] .
- أن يقع الخطأ من الطبيب.
- هي مسؤولية شخصية بحيث لا يتحملها إلا فاعلها.

المحور الأول: المسؤوليّة الجزائية للطبيب عن الجرائم العمدية.

مفهوم الجرائم العمدية: تعتبر الجريمة عمدية إذا كانت مبنية على قصد جنائي ونية إجرامية (سوء نية الفاعل)، وقد إشترط المشرع في الفعل ليعتبر جريمة عمديّة أن تتوفر فيه ثلاثة أركان هي: ركن شرعيّ (قانونيّ)، وركن ماديّ (سلوك إيجابي أو سلبي) يغير في العالم الخارجي بإرادة الجاني يتضمن الإضرار بحق يحميه القانون أو يهدده بخطر إحداث الضرر[10]، كلّ ذلك مع وجود علاقة سببية تجمع بين السلوك والنتيجة الإجرامية، ليكتمل الوجود القانوني الكامل للركن المادي للجريمة، فدونها لا يمكن إسناد النتيجة الإجرامية إلى سلوك الجاني بنوعيه.

إضافة إلى الركن المعنوي (القصد الجنائي) للجريمة والذي يشترط بدوره توافر شرطين هما العلم والإرادة، فيكون العلم بكل عناصر الجريمة ولاسيما بالنتيجة الإجرامية، أمّا الإرادة فتكون بإرادة الجاني لكل من السلوك والنتيجة الإجرامية أيضا.

المسؤولية الجزائية للطبيب في حالة الجرائم العمدية في القانون الجزائري:

قد تقع من الأطباء الممارسين عدة جرائم عمدية نتطرق لمناقشة البعض منها وفقا لموقف المشرع الجزائري والقضاء الجزائري منها وهي:

الإجهاض، الإتجار وإنتزاع الأعضاء البشرية، الإمتناع عن تقديم المساعدة الطبيّة والعلاج والإسعاف في حالة الضرورة، إفشاء السّر الطبي، مزاولة مهنة الطب دون ترخيص، التزوير في التقارير والشهادات الطبيّة، الرشوة المساعدة على الإنتحار والموت الرحيم، جرائم الأطباء الواردة في نظام المخدرات.

1- جريمة الإجهاض أو الإسقاط: قد يكون الإجهاض لضرورة شرعية، وقد يكون لغرض إجرامي وقد يكون تلقائيا دون تدخل إحدى تلك الأسباب، وتقوم جريمة الإجهاض على الأركان التالية:

- وجود امرأة حامل وحصول إجهاض أو إسقاط للحمل.
- قصد جنائي.
- تجريم قانوني بنصّ لفعل الإجهاض.

- وجود إمرأة حامل وحصول إجهاض: لا يقع الإجهاض إلا لإمرأة حامل والحمل يبدأ بالبويضة الملقحة إلى غاية أن تتم الولادة الطبيعية[11]، أمّا الإجهاض فلم يعرفه المشرع الجزائري، فعمليا هو إنقطاع حالة الحمل بوسيلة غير طبيعية ويسقط ما في رحم المرأة الحامل، ويستوي أن يباشر الجاني الإجهاض بنفسه أو بأن يدل غيره بذلك فيشترط أن تتوافر علاقة سببية، بين فعل الإجهاض وخروج الجنين من رحم المرأة.

- القصد الجنائي: يتوافر القصد الجنائي بانصراف إرادة الجاني إلى فعل الإجهاض مع علمه بوجود الحمل، فالقانون لا يعاقب عن جريمة الإجهاض إذا أحدثها الجاني خطأ، فقد يعاقب فقط عن الإصابة الخطأ أو حتى

القتل الخطأ إن أفضى ذلك إلى وفاة المرأة تختلف وسائل الإجهاض فقد تكون وسائل كيميائية للإسقاط أو مادة قاتلة له وتكون ميكانيكية كالدفع بأداة إلى الرحم وكل محاولة ولو خاب أثرها تعتبر كالجريمة ذاتها.

- **التجريم القانوني لفعل الإجهاض**: جرم المشرع الجزائري فعل الإجهاض في أكثر من نص في قانون العقوبات فنجد نص المادة 304 منه تنص على أنّه "كل من أجهض امرأة حاملا مفترض حملها بإعطائها مأكولات أو مشروبات أو أدوية أو بإستعمال طرق أو أعمال عنف أو بأيّة وسيلة أخرى سواء وافقت على ذلك أو لم توافق أو شرع في ذلك يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات و بغرامة من 20.000دج إلى 100.000دج، وإذا أفضى الإجهاض إلى الموت فتكون العقوبة السجن المؤقت من عشر سنوات إلى عشرين سنة"

أمّا المادة 306 من قانون العقوبات فقد نصت على تجريم عمل الأطباء عن طريق إحداث الإجهاض أو يسهلونه أو يقومون به، فتطبق عليهم العقوبات الواردة في قانون العقوبات ويجوز أيضا الحكم عليهم بالحرمان من ممارسة المهنة، فضلا عن جواز الحكم عليهم بالمنع من الإقامة[12].

حالة الإباحة: يكون فعل الإجهاض مباحا فلا مسؤولية للفاعل بها إذا استجوبته ضرورة إنقاذ حياة الأم من الخطر متى أجراها طبيب أو جراح من غير خفاء وبعد إبلاغه السلطة الإدارية (حالة ضرورة)، طبقا لنص المادة 308 من قانون العقوبات.

2-انتزاع والإتجار بالأعضاء البشرية: تناول قانون الصحة العمومية المعدل سنة 1990 أحكام تتعلق بالطبيب والجرّاح الجزائري في المواد من 161 إلى 167 منه، تنص المادة 161 من قانون الصحة المذكور على أنّه لا يجوز انتزاع أعضاء الإنسان ولا نزع الأنسجة أو الأجهزة البشرية إلا لأغراض علاجية، ولا يجوز أن يكون إنتزاع الأعضاء أو الأنسجة البشرية ولا زرعها موضوع معاملة مالية.

وقد حدد نص المادتين 164 و165 من قانون الصحة العمومية شروط إنتزاع الأنسجة والأعضاء من الأشخاص المتوفين قصد زرعها

إلا بعد الإثبات الطي والشرعي للوفاة بتقرير من طرف اللجنة المعنية قانونيا حسب مقاييس علمية يحددها وزير الصحة، وبعد قيام المتوفي بالتعبير عن قبول ذلك قبل وفاته وإلا حسم ذلك بموافقة أحد أعضاء الأسرة حسب الترتيب الأولي التالي: الأب-الأم–الزوج أو الزوجة-الإبن أو الإبنة-الأخ أو الأخت-أو الولي الشرعي لمن لا أسرة له[13].

وقد استثنى من القاعدة السابقة عملية انتزاع القرنية أو الكلية بدون الموافقة المشار إليها سابقا إذا تعذر الإتصال في الوقت المناسب بأسرة المتوفي أو ممثليه الشرعيين أو كان التأخر من أجل الإنتزاع يؤدي إلى عدم صلاحية العضو أو فساده، ويقع ذلك إذا عبر الشخص كتابيا وقبل وفاته عن رفضه ذلك.

كما يمنع الكشف عن هوية المستفيد والمتبرع بها، كما يمنع على الطبيب الذي عاين الوفاة القيام بعملية الإنتزاع[14].

العقوبات الجزائية: بعد تعديل قانون العقوبات في 2009، جرّم المشرع إنتزاع الأعضاء البشرية من أحياء وأموات دون مراعاة الإجراءات القانونية في ذلك، كما جرم أيضا الإنتزاع بمقابل ولو بموافقة المعي، وجرم كذلك انتزاع الأنسجة أو الخلايا مقابل منفعة مادية طبقا للمواد 303 مكرر 16 إلى 303 مكرر 28 من قانون العقوبات.

كمّا شدد المشرع العقاب على من تسهل له وظيفته القيام بذلك أو إذا كانت الضحية قاصرة أو مصابة بإعاقة ذهنية أو إرتكب الجريمة من شخصين أو أكثر أو مع حمل السلاح أو التهديد به أو من طرف جماعة إجرامية منظمة محلية أو عابرة للحدود، فتتحول الجريمة إلى جناية معاقب عليها بالحبس من 10 إلى 20 سنة.

3-التزوير في الشهادة الطبية: تتمثل واقعة تحرير طبيب أو جراح شهادة تثبت واقعة غير صحيحة بأن يكون موضوعها إثبات أو نفي حمل أو مرض أو عاهة أو وفاة على خلاف الحقيقة، وأن يكون لدى الطبيب الجاني القصد الجنائي بأن يثبت في الشهادة ما يخالف الحقيقة هناك حالتين أقرها المشرع للمساءلة الجزائية هما:

- الحالة المنصوص عليها في المادة 226 من قانون العقوبات التي تعاقب الطبيب بالحبس من سنة إلى ثلاث سنوات ما لم تكن الأفعال تشكل جريمة أشد حيث يقرر كذبا في الشهادات بوجود مرض أو عاهة أو حمل أو أعطى بيانات كاذبة عن مصدر المرض أو العاهة أو عن سبب الوفاة وذلك أثناء تأدية الوظيفة أو بغرض محاباة أحد الأشخاص.
- الحالة المنصوص عليها في المادة 238 من قانون العقوبات وهي التي تتعلق بالخبرات القضائية وهي الأشد وعقوبة الخبير الطبي هنا تكون بإدلاءه للشهادة الزور[15].

4-جريمة الرشوة: طبقا للمادة 2/25 من القانون المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته[16] يعاقب كل موظف عمومي طلب أو قبل بشكل مباشر أو غير مباشر مزية غير مستحقة لأداء عمل أو للإمتناع عن أداء عمل من واجباته بالحبس من سنتين إلى 10 سنوات وبغرامة من 200.000دج إلى 1.000.000دج فمن ثمّ يعاقب الطبيب أو الجرّاح أو القابلة إذ طلبوا لأنفسهم أو قبلوا واخذوا وعدا أو قاموا بالتزوير في سبيل ذلك بالعقوبة المقررة للرشوة.

5-جريمة عدم تقديم المساعدة لشخص في حالة خطر: يفرض السلوك الإنساني والتكافل الإجتماعي على كل شخص تقديم خدماته عند الضرورة لإنقاذ شخص في حالة خطر فقد نص المشرع الجزائري في المادة 182 من قانون العقوبات على عقوبة جزائية ومساءلته لكل شخص من ثلاثة أشهر إلى ثلاثة سنوات وغرامة مالية من 20.000 دج إلى 100.000 دج أو بإحدى هاتين العقوبتين، يستطيع بفعل مباشر منه وبغير خطورة عليه أو الغير أن يمنع وقوع فعل موصوف بأنّه جناية أو وقوع جنحة ضد سلامة جسم الإنسان وامتنع عن القيام بذلك دون الإخلال بتوقيع عقوبات أشدّ تنص عليها القوانين الخاصة.

وفي الفقرة الثانية من نفس نص المادة يعاقب المشرع الجزائري كل من يمتنع عمدا عن تقديم مساعدة لشخص في حالة خطر كان بإمكانه

تقديمها إليه بعمل مباشر منه أو بطلب الإغاثة وذلك دون أن تكون هناك خطورة عليه.

إنّ الطبيب المناوب الذي لا يتواجد بمكان عمله يرتكب جريمة عدم تقديم مساعدة لشخص في حالة خطر إذا ما وقع لهذا الشخص الضرر من جرّاء غياب الطبيب[17]، وأكثر من هذا إذا كان حاضرا ورفض تقديم المساعدة للمريض[18].

ويعدُّ الإمتناع خطأ بوجه خاص إذا توافرت إحدى الحالتين[19] التاليتين طبقا لنص المادة 09 من مدونة أخلاقيات الطّبّ وهي[20]:

- إذا كان يمكن للطبيب الممتنع أن يدفع خطرا يهدد شخص آخر دون أن يعرض نفسه أو غيره للخطر.

-إذا كانت المساعدة ضرورية وكان الضرر الذي يعيب الممتنع بسببها لا يتناسب البتة مع الضرر الذي يحدق بالغير.

6- تقديم وصفة طبية للحصول على مهلوسات مجاملة: تنص المادة 16 من قانون الوقاية من المخدرات والمؤثرات العقلية[21] على عقاب الطبيب الذي يقدم قصدا وصفة طبية على سبيل المحاباة تحتوي على مؤثرات عقلية بالحبس من 05 سنوات إلى 15 سنة وبغرامة من 500.000 دج إلى 1000.000 دج.

فيبقى الإشكال قائما حول إثبات صورية الوصفة، وهل هي فعلا كذلك أم هناك ضرورة لتحريرها كما يبقى تقدير هذا للقاضي يستخلصه من ملابسات القضية.

7-المساعدة على الإنتحار والموت الرحيم: بصفةٍ عامّة يعاقب قانون العقوبات الجزائري في المادة 273 كل من يساعد شخص على الانتحار أو يسهله له بأية وسيلة (زوده بالأسلحة، بالسم، بآلات المعدة للإنتحار)، مع علمه بذلك وإذا تم الإنتحار بالحبس من سنة إلى 05 سنوات.

أمّا عن الموت الرحيم في تشريعنا[22] فلم يسمح به، فإذا وقع فإنّه يشكل قتلا عمديا مع سبق الإصرار، إلاّ أنّنا نجد بعض التشريعات التي إتجهت إلى الأخذ برضا المجني عليه كسبب من أسباب الإباحة في حالة مساعدة

مريض ميؤس من شفائه حين يطلب إنهاء حياته كما صادق البرلمان الهولندي سنة 2000 على قانون يسمح بذلك ثم تبعه في ذلك البرلمان البلجيكي سنة 2002

8-كشفُ السر المهني: السر المهني للطبيب احتوته المادة 36 من المرسوم رقم 12-694 المتعلق بأخلاقيات مهنة الطب وكذلك في نص المادة 301 من قانون العقوبات الجزائري وحتى في قانون الصحة العمومية.

السر الطبي الذي يلتزم به الطبيب يتمثل في كلّ ما وصل إلى علمه من خلال نشاطه ولا يقتصر على ما أبداه المريض إلى الطبيب فقط، بل يتعداه إلى كل ما توصل إليه الطبيب عن طريق الأجهزة الحديثة فيفشل السر الطبي كل المسائل الماسة بشرف المريض أو سمعته و تترتب عليه المسؤولية الجزائية إذا توفر القصد الجنائي (العمد).

-**بعض الوسائل المستعملة في إفشاء سر المهنة:** نجد منها مثلا، النشر في الصحف والمجلات العلمية والرسائل الخاصة والشهادات المرضية المسلمة للغير للتشهير بالمريض وعليه؛ تقع المسؤولية الجزائية على الأطباء والجراحين والصيادلة والقابلات وجميع الأشخاص المؤتمنين بحكم الواقع أو المهنة أو الوظيفة الدائمة أو المؤقتة على أسرار أدلي بها إليهم وأفشوها في غير الحالات الي يتوجب عليهم فيها القانون إفشاءها ويصرح لهم بذلك ويعاقبون على ذلك(23).

غير أنّ الفقرة الثانية من نص المادة 301 من قانون العقوبات أعفت كل الفئات المذكورة في الفقرة 01 منها من العقوبة عند استدعائهم للشهادة أمام القضاء في قضايا الإجهاض الي كانوا على علم بها ويصبح التبليغ عن المتاجرة في الأعضاء البشرية وإنتزعهم واجبا(24).

فالإباحة في إفشاء السر الطبي، تتدحرج في الترجيح بين المصلحة الشخصية والمصلحة العامة في الإفشاء فإنّ كان الكتمان يحمي مصلحة شخصية وخاصة، وسيضر بالمجتمع وجب الإفشاء عنه كإصابة شخص بمرض معدّ، وقد يكون برضا المريض فلا حرج ولا عقاب.

وقد تكون أسباب إباحة إفشاء السر المهني يقتضيه السير الحسن للعدالة وذلك بإلزام الطبيب بأداء الشهادة أمام القضاء، على أن يلتزم فقط بالإجابة عن الأسئلة المطروحة عليه فقط ولا يتعداها إلى الكشف عن باقي الأسرار الخاصة بالمريض.

المحور الثاني: المسؤوليّة الجزائية للطبيب عن الجرائم غير العمدية

لم يورد المشرع الجزائري تعريفا للجريمة غير العمدية ولا حتى للخطأ الجزائي، مما جعلها مهمة من نصيب الفقه والقضاء، فقد اعتبر الفقه الخطأ عامة بأنّه إنحراف عن السلوك الواجب اتخاذه لتحقيق النتيجة المقصودة، أمّا الخطأ الطبي بصفة خاصة فهو ينحصر في عدم تقيد الطبيب بالالتزامات الخاصة التي تفرضها عليه مهنته، وهو كلّ نشاط إرادي أو سلبي لا يتفق والقواعد العلمية المتعلقة بممارسة مهنته، وهو كل نشاط إرادي أو سلبي لا يتفق والقواعد العلمية المتعلقة بممارسة مهنة الطب[25].

إذن يعتبر الخطأ الطبي هو عدم تقيد الطبيب بالإلتزامات والقواعد والأصول الطبية الفنية والخاصة التي تفرضها عليه مهنته إذا انحرف الطبيب عن السلوك العادي ببذل عناية اليقظة والتبصر والحذر وأضر بذلك الغير وجب مساءلته جزائيا، فيكون معيار خطأ الطبيب هو معيار موضوعي يقيس الفعل على أساس سلوك معين هو سلوك الشخص العادي.

-صور الخطأ الطبي: أوردها المشرع الجزائري في المواد 288 و289 و442 من قانون العقوبات الجزائري، فقد نص قانون الصحة على أنّه يتابع طبقا لأحكام المادتين 288 و289 من قانون العقوبات الجزائري أي طبيب أو جراح أسنان أو صيدلي أو مساعد طبي على كل تقصير أو خطأ مهني يرتكبه خلال ممارسة مهامه أو بمناسبة القيام بها، ويلحق ضررا بالسلامة البدنية لأحد الأشخاص أو يعرض حياته للخطر أو يتسبب في وفاته.

فقد أورد المشرع الجزائري قسما خاصا تحت عنوان: القتل الخطأ والجرح الخطأ، وعبر عن مختلف هذه الصور للخطأ الطبي في المادتين 288 و289 من قانون العقوبات تتمثل في كل من الرعونة أو عدم الإحتياط أو

عدم الإنتباه أو الإهمال أو عدم مراعاة الأنظمة إذا ما أفضت إلى القتل الخطأ أو الجرح الخطأ فيتعرض الجاني للمسؤولية الجزائية.

وعليه؛ يكون المشرع قد أخضع مسؤولية الطبيب الجزائية للقواعد العامة المقررة في قانون العقوبات والقوانين المكملة له فتكون المادة 288 من قانون العقوبات مشتملة على عدة صور لخطأ الطبيب وغيره من أصحاب المهن وهي كما يلي:

-**الرعونة:** LA MALADRESSE يقصد بها سوء التقدير أو نقص المهارة والمعرفة والجهل بالمبادئ التي يتعين العلم بها للقيام بالعمل، فيدخل فيها طائفة الأخطاء المهنية التي يرتكبها الأطباء، من أهمها التوليد والجراحة.

-**الإهمال أو عدم الإنتباه:** LA NEGLIGENCE ET l´INATTENTION يقصد به التفريط أو عدم الإنتباه (سلوك سلبي) وترك أو عدم اتخاذ ما يكفي من الحيطة والحذر للحيلولة دون وقوع الخطأ، أي لو قام بها الفاعل لتجنب وقوع النتيجة التي يقوم عليها التجريم، كمثل إهمال الطبيب مراقبته المريض بعد العملية الجراحية فيصاب بمضاعفات، أو إجراء عملية جراحية دون إجراء الفحوصات الطبية اللازمة.

-**عدم الإحتياط أو قلة الإحتراز:** L´IMPRUDENCE يقصد به عدم الإنتباه لخطر كان متوقعا ومعروفا ولكن الطبيب لم يفعل شيئا لتجنب النتيجة، فأدى ذلك لإضرار المريض، كمثال على ذلك حقن مريضة بمادة الأنسولين دون تحليل سابق حول مدى قابلية المريضة لذلك(26) ووضع مولودة بمحضنة درجة حرارتها مرتفعة جدا(27)، ونقل دم دون التأكد من فصيلته(28)، مما أدى إلى وفاة الضحايا وإدانته الأطباء المتسبب في ذلك.

-**عدم مراعاة الأنظمة واللوائح:** يقصد به عدم مطابقة تصرفات الطبيب للنصوص القانونية والأنظمة المختلفة المتعلقة بمهنة الطب، مما يؤدي إلى إلحاق ضرر بالغير، كمثل ممارسة مهنة الطب بدون رخصة.

-**العقوبة المقررة في حالة الخطأ الطبي غير المقصود:** عملا بنص المادة 288 من قانون العقوبات الجزائري يعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات وبغرامة مالية من 20.000دج إلى 100.000دج، كل من قتل خطأ أو تسبب

في ذلك برعونته أو عدم إحتياطه أو عدم انتباهه أو إهماله أو عدم مراعاته للأنظمة.

ويعاقب طبقا لنص المادة 289 منه بالحبس من شهرين إلى سنتين وبغرامة مالية من 20.000دج إلى 100.000دج أو بإحدى هاتين العقوبتين إذا نتج عن رعونة أو عن عدم إحتياط إصابة أو جرح أو مرض أدى إلى العجز الكلي عن العمل لمدة تجاوز ثلاثة أشهر.

المحور الثالث: إثبات الخطأ الطبّي

حتى تكتمل المسؤولية الجزائية للطبيب لابد من فعل وضرر وعلاقة سببية بينهما فالمسؤولية الجزائية المذكورة لا تقوم إلاّ إذا ارتكب الطبيب أحد الأخطاء التي أشرنا إليها في المحور الثاني من هذه الدراسة وهي: الإهمال وعدم الإحتياط والإنتباه وعدم مراعاة الأنظمة والرعونة ويجب أن يترتب على ذلك ضرر للمريض ناتج عن تلك العناصر، فإنّ لم يقع أي ضرر توبع الطبيب على أساس الخطأ التأديبي فقط.

مسألة إثبات الخطأ الطبي أهمّ مسالة في مراحل الدعوى ويقع على المريض عبء إثبات وقوع الخطأ ومن ثم وقوع الضرر، ومعها إثبات العلاقة السببية بينهما.

ويكون الإثبات للخطأ الطبي بواسطة التقارير الطبية التي يصدرها المتخصصون وبجميع طرق الإثبات الجنائي المعروفة، من الإقرار الصادر عن الطبيب، أو شهادة الشهود، شهادة طبيب آخر أو ممرض أو من اقتضى واقع الحال وجودهم أثناء إرتكاب الخطأ[29].

-**أدلة الإثبات**: تتمثل في حالة الخطأ الطبي في كل المستندات الخطية والتقارير الموجودة في سجل المستشفيات والعيادات الطبية، فعليه؛ أن يثبت خطأ الطبيب ترتب حق المريض في المطالبة بالتعويض المناسب عما أصابه من أضرار جسمانية أو نفسانية.

-**نوع الخطأ الطبّي الذي يصلح للمسألة الجزائية للطبيب**: استقر الفقه والقضاء الجزائريين على مسؤولية الطبيب عن خطئه الطبي مهما كان نوع سواء كان فنيا أو غير فني، جسيما أو غير جسيم كما ينص عليه

قانون الصحة العمومية، بحيث يتابع كل طبيب أو صيدلي أو جراح أسنان أو مساعد طي على كل تقصير مهني يرتكبه خلال ممارسته مهامه أو بمناسبة القيام بها ويلحق ضررا بالسلامة البدنية لأحد الأشخاص أو بصحته.

-**الضرر المطلوب للمساءلة الجزائية للطبيب:** الضرر المقصود هنا هو كل أذى يصيب الإنسان في جسمه أو ماله أو شرفه أو عواطفه، طبقا للقواعد العامة التي تحكم الضرر والخطأ فلا مسؤولية جزائية بخطأ دون حدوث ضرر.

وأن تكون علاقة سببية بين الخطأ الطي المرتكب والضرر الحاصل للمريض، فيكون ذلك الخطأ هو السبب المباشر والمنتج للضرر.

-**عبء اثبات الخطأ الطبيّ:** يقع على عاتق المريض وعليه إثبات أنّ الطبيب لم يبذل العناية اللازمة كأن يقيم الدليل على إهماله أو انحرافه على أصول الفن الطي المستقرة فلا يجوز إذن افتراض الخطأ الطي بل هو واجب الإثبات.

ففشل الطبيب في العلاج بسبب نقص مهاراته (نقص كفاءته) لا يعد خطأ جزائيا إلا إذا كان فادحا كأن يحقن مادة دون مراعاة آثارها الجانبية فتودي بحياة المريض، وللنيابة العامة دور في إثبات الخطأ الطي أيضا بطلب خبرة.

-**صعوبات اثبات الخطأ الطبي:** تعتري المريض عدة صعوبات إثبات الخطأ الطي هي كون الملف الطي يبقى بحوزة المستشفى، ويدخل الإطلاع عليه سرا مهنيا إلا بأمر قضائي بالتفتيش، كما أنّه قد تضطر العدالة إلى تعيين خبير لإثبات الخطأ من نفس القطاع فماذا يضمن نزاهته وعدم تحيّزه؟.

-**مسؤولية الفريق الطبي:** قانون العقوبات لا يعرف المسؤولية الجزائية الجماعية بل هي شخصية أعمال المعالجة والتمريض من اختصاص المرضين الذين يعملون تحت إشرافه فإذا خالفوا تعليماته وأخطأ وسقطت

مسؤولية الطبيب عن ذلك، ولكن في حالة تنفيذهم إياها كان هو المسؤول الوحيد وكذلك عمل التلميذ الطبيب.

-**مسؤولية المستشفى**: المستشفى شخص معنوي قابل للمساءلة الجزائية وفقا للتشريع الجزائري ما لم يكن عموميا فالطبيب يعمل بالمستشفى بحرية فإن أخطأ يكون مسؤولا جزائيا، وإن كان موظفا لدى هيئة استشفائية، كونها ليست لها سلطة إصدار تعليمات عن كيفية العلاج أو التدخل الجراحي فلا مسؤولية جزائية للمستشفى إلا عن إهماله، كما في حالة العدوى وعدم فصل المرضى عن بعضهم حسب نوعية مرضهم (الخطأ في التسيير).

خاتمة

الثابت في أحكام القضاء الجزائي أنّ كل خطأ يرتكبه الطبيب سواء في القطاع العام أو الخاص وناتج عن الصور الآتية، رعونة أو إهمال وعدم انتباه، أو عدم احتياط أو عدم مراعاة الأنظمة يؤدي إلى قيام المسؤولية الجزائية، فالمسؤولية الطبية اليوم تقوم على أساس لا مسؤولية جزائية بدون نص قانوني، ومع إمكانية مساءلة الأطباء عن أخطاءهم سواء كانت عادية أو مهنية، جسيمة أو يسيرة.

وقد توصلنا إلى النتائج الآتية:

- عدم وجود مفهوم خاص بالمسئولية الجزائية للأطباء في القانون الجزائري.
- تناثر أحكام بعض الجرائم بين قانون حماية الصحة وقانون العقوبات.

وبهدف تفادي تلك النقائص نقترح التوصيات الآتية:

- توحيد منظومة العمل الطبي.
- إنشاء صندوق خاص لتأمين التعويض عن الأخطاء الطبية.
- إقامة وتكثيف اللقاءات العلمية التكوينية للأطباء.

دون أن ننسى أن نوجه تحية إجلال وتقدير لأطبائنا الصالحين لما يقدمونه من جهود نحونا ونحو الإنسانية جمعاء أثناء تأديتهم لرسالتهم النبيلة.

الهوامش والمراجع المعتمـــدة

(1) إبراهيم مصطفى، المعجم الوسيط، ج01، باب السين، ص411.
(2) الأمر رقم 66-156 المؤرخ في: 1966/06/08 المتضمن قانون العقوبات الجزائري المعدل والمتمم.
(3) محمد أبو زهرة، الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي، القاهرة، دار الفكر العربي، ص110.
(4) محمود الصالحي، مفهوم المسؤولية الجزائية في القانون الجنائي، مجلة القضاء الأردنية، العدد32، 1996، ص12.
(5) أحمد صبحي العطار، الضوابط القانونية للمسؤولية، القاهرة، دار النهضة العربية، ص115.
(6) محمد اسماعيل رشدي، الجنايات في الشريعة الإسلامية، القاهرة، دار النصر، ص123.
(7) يحي عبد القادر، المسؤولية الجزائية للطبيب على ضوء القانون الجزائري والاجتهاد القضائي، مجلة المحكمة العليا (عدد خاص)، قسم الوثائق، 2011، الجزائر، ص47.
(8) صفوان محمد شديفات، المسؤولية الجنائية عن الأعمال الطبية (دراسة مقارنة)، ط01، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2011، ص51.
(9) جمال محمد بركة، المسؤولية الجنائية عن خطأ الطبيب، رسالة دكتوراه، معهد البحوث العربية، 2011، ص113.
(10) مأمون محمد سلامة، شرح قانون العقوبات (القسم العام)، دار الفكر، القاهرة، 1982، ص124.
(11) يحي عبد القادر، مرجع سابق، ص55.
(12) قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ: 2003/04/09 على أنّه تحدد نوع الأدوية المستعملة لقيام الجريمة، وأنّ الاعتماد على دواء مسكن للألم غير كاف للإدانة، انظر يحي عبد القادر، مرجع سابق، ص56.
(13) المستشار سيدهم مختار، المسؤولية الجزائية للطبيب في ظلّ التشريع الجزائري، مجلة المحكمة العليا، عدد خاص، قسم الوثائق، 2011، ص41.
(14) نفس المرجع، ص41.
(15) انظر قرار المحكمة العليا رقم: 580464 المؤرخ في: 29 سبتمبر 2009، وتطبق عليه العقوبات المقررة لشهادة الزور طبقا للمواد من 323 إلى 235 من قانون العقوبات.
(16) قانون رقم 06-01 المؤرخ في 20 فبراير 2006 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته (ج ر عدد 14 المؤرخة في 08 مارس 2006 المعدل والمتمم).
(17) قرار المحكمة العليا رقم 28887 المؤرخ 2004/09/07، انظر مقال المستشار سيدهم مختار، مرجع سابق، ص40.
(18) قرار المحكمة العليا رقم 262715 المؤرخ في 2003/09/03.
(19) المرسوم رقم 12-694 المؤرخ في 07 ماي 2012 المتضمن تعديل مدونة أخلاقيات الطبيب الصادرة في المرسوم التنفيذي رقم 92- 276 المؤرخ في 6 /1992/07 (عدد 52 سنة 1992).

(20) رايس محمد، مسؤولية الطبيب المتنع عن تقديم العلاج في القانون الجزائري، مجلة المحكمة العليا، العدد 2، قسم الوثائق، الجزائر، 2006، ص154.

(21) قانون رقم 04-18 المؤرخ في 2004/12/25 يتعلق بالوقاية من المخدرات والمؤثرات العقلية وقمع الاستعمال والإتجار غير المشروعين بها.

(22) المواد 245 و255 و261 من قانون العقوبات الجزائري.

(23) بعقوبة هي الحبس من شهر إلى ستة أشهر و بغرامة مالية من 20.000 دج إلى 100.000دج.

(24) وجب الإبلاغ عنها فيعاقب عن عدم فعل ذلك لما نصت عليه المادة 303 مكرر 25 من قانون العقوبات ولا يحتج في ذلك بالسّر المهنّ، انظر المستشار سيده مختار، مرجع سابق، ص34.

(25) السيد يحي عبد القادر، المرجع السابق، ص48.

(26) قرار المحكمة العليا رقم 314597 المؤرخ في 2005/07/27.

(27) قرار المحكمة العليا رقم 290040 المؤرخ في 2005/10/26.

(28) قرار المحكمة العليا رقم 265312 المؤرخ في 2003/10/08.

(29) الشهادة في الخطأ التقصيري في بذل العناية الواجبة للمريض يجب أن تكون من أهل الاختصاص فقط، انظر السيد يحي عبد القادر، مرجع سابق، ص59.

جريمة عدم تقديم مساعدة لشخص في حالة خطر في المجال الطبي

د.سليمان حاج عزام
جامعة المسيلة

¥

يمكن أن تنشأ المسؤولية الطبية الجزائية، إذا ما عرض الطبيب المريض لخطر غير مبرر، ويستوي في ذلك أن يكون هذا التعريض للخطر بفعل أو بامتناع، حيث إنّ التعريض للخطر بسلوك سلبي، أي عن طريق الامتناع، يتمثل في جنحة عدم تقديم مساعدة لشخص في حالة خطر[1].

قرر قانون العقوبات[2] جريمة عدم تقديم مساعدة لشخص في حالة خطر، وفقا للمادة 182، حيث يعاقب بالحبس من ثلاثة أشهر إلى خمس سنوات وبالغرامة من 20000دج إلى 100000دج[3]، أو بإحدى هاتين العقوبتين، كل من امتنع عمدا عن تقديم مساعدة إلى شخص في حالة خطر، كان في إمكانه تقديمها إليه بعمل مباشر منه أو بطلب الإغاثة، وذلك دون أن تكون هناك خطورة عليه أو على الغير[4].

وتطرح جريمة عدم تقديم مساعدة لشخص في حالة خطر إشكالا في المجال الطبي أكثر من غيره بحكم أنّ التزام تقديم المساعدة لشخص في حالة خطر يعدّ التزاما تفرضه مهنة الطبيب، وعليه، فإنّ الأطباء بصفة خاصة معرضون إلى متابعات على هذا الأساس.

ولقد ورد في المادة 1/267 من قانون حماية الصحة وترقيتها ما يلي: "دون الإخلال بالملاحقات المدنية والجزائية، كل تقصير في الواجبات المحددة في هذا القانون وعدم الامتثال لآداب المهنة يعرض صاحبه لعقوبات تأديبية"[5]، وقد ألزمت المادة 152، 153 و156 من نفس القانون المستشفى

العمومي بقبول المريض أو تحويله لمستشفى آخر في حال عدم استطاعته تقديم العلاج له.

وجاء أيضا في المادة 09 من مدونة أخلاقيات الطب ما يلي: "يجب على الطبيب أو جراح الأسنان أن يسعف مريضا يواجه خطرا وشيكا، أو أن يتأكد من تقديم العلاج الضروري له"[6]، وغني عن البيان أنّ مخالفة النصوص التنظيمية تشكل صورة من صور الخطأ المعاقب عليه جزائيا بمقتضى المادة 288 من قانون العقوبات[7].

ولمحاولة الإحاطة بجوانب هذا الموضوع، وتبيان مدى تعرض الطبيب للمساءلة الجزائية بسبب ارتكابه لهذه الجريمة، نتناول بالتحليل وبالشرح النصوص القانونية المقررة لها، سواء ما تعلق منها بالقواعد العامة الواردة في كل من قانون العقوبات أو النصوص المتعلقة بها والتي وردت بقانون حماية الصحة وترقيتها وكذا مدونة أخلاقيات الطب، هذا بالإضافة إلى الاستشهاد بالاجتهاد القضائي في هذه المسألة، سواء ما تعلّق منه بالقضاء الجنائي الوطني أو المقارن.

تتمثل إشكالية هذه المداخلة في ما مدى متابعة الطبيب جزائيا بسبب ارتكابه لجريمة عدم تقديم مساعدة لشخص في حالة خطر؟، حيث سنحاول الإجابة على هذه الإشكالية من خلال المحورين الآتيين:

أولا: شروط جريمة عدم تقديم مساعدة لشخص في حالة خطر.

ثانيا: أركان جريمة عدم تقديم مساعدة لشخص في حالة خطر.

أولا: شروط جريمة عدم تقديم مساعدة لشخص في حالة خطر

إنّ جريمة عدم تقديم مساعدة لشخص في حالة خطر في المجال الطبي تفترض- بالإضافة إلى أركانها المكونة لها- شروطا أولية، يمكن إجمالها في ثلاث شروط أساسية نذكرها في ما يلي:

أ-وجود مصاب في حالة خطر: إنّ شرط وجود مصاب في حالة خطر معناه أن القانون لا يلزم على الطبيب أن يتنقل إلى شخص قد مات، لأنّ هذا الأخير لم يعد في عداد الأحياء، فهو ليس شخصا في المفهوم القانوني للفظ، وبالمقابل، فإنّ الطفل حديث العهد بالولادة من حقه أن يستفيد

من المساعدة، لا يهم إن كان غير قابل للحياة، أو كانت ولادته سابقة لأوانها، ففي قرار لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 23 جوان1955[8]، تأيد حكم إدانة الطبيب الذي امتنع عن إسعاف طفل حديث العهد بالولادة، وذلك بعد أن عاينه مرتين وتيقن من أنّ هذا الطفل لا يزال على قيد الحياة.

إنّ الغرفة الجنائية بتاريخ 01 ماي 1949 أصدرت قرارا[9]، اعتبرت فيه بأنّه ليس من الضروري أن يكون هذا الخطر ناشئا عن جريمة، فقد يمكن أن ينشأ عن مرض، كما يمكن أن ينتج عن حادث، أو عن واقعة مادية خارجية، بل كذلك عن خطأ الغير، إنّه خطر بالنسبة للحياة وبالنسبة للصحة.

ومن هنا، نستنتج بأنّ الخطر- حسب تأويل الغرفة الجنائية لمحكمة النقض الفرنسية-، يجب أن يكون حالا وثابتا، ويستلزم تدخلا عاجلا في ذلك الوقت بالذات الذي علم به الشخص المطالب بتقديم المساعدة، دون الأخذ في عين الاعتبار الظروف اللاحقة.

ولا يهم أن يخشى على هذا الخطر من عدم تحققه فيما بعد، حيث إنّ الغرفة الجنائية في قرارها بتاريخ 21 جانفي 1954[10] قد أيّدت إدانة طبيب كان قد رفض أن يلتحق بسرير مريض يعاني من آلام مبرحة، بالرغم من أنّ هذا المريض يمكن أن يشفى في غياب أي علاج طبي، إنّ جنحة عدم تقديم مساعدة لشخص في حالة خطر هي جريمة شكلية لا تتطلب نشوء نتيجة ضارة، إذ إنّ هذه الجريمة من الجرائم التي يكتفي المشرع فيها بالسلوك وحده للقول بقيام الركن المادي للجريمة، دون اشتراطه أن تتحقق النتيجة[11]، ولا يهم كذلك، أن يحتج بأنّ الخطر قد حدث، وأنّ المساعدة ستكون دون جدوى[12].

ففي قضية خضعت لرقابة محكمة الاستئناف لمدينة Nancy[13] تتعلق بطبيب استدعي لإسعاف جريح تعرض لنزيف دم غزير، حيث رفض هذا الطبيب التنقل، بحجة أنّ تدخله لن يجدي نفعا، بسبب التأخر في

استدعائه، إلاّ أنّ المحكمة أدانته بحجة أنّ التزام تدخله ليس مرتبطا بنتيجة المساعدة الطبية المطلوبة.

ب-إدراك الخطر من طرف الطبيب : إنّ الطبيب لا يمكن أن يكون محل عقوبات جزائية، إذا لم يكن على علم بحالة الخطر، فلقد ورد عن الغرفة الجزائية بمحكمة النقض الفرنسية ما يلي: "إنّ المتهم يجب أن يكون شخصيا مدركا للطبيعة المستعجلة للخطر الذي يتعرض له الشخص...وألا يثور شك في ضرورة التدخل العاجل لإنقاذه"[14]، لكن هذا العلم يمكنه أن يختلف بحسب كون الفاعل (الجاني) متواجد مع الضحية لحظة ظهور الخطر أم لا، إذا كان الطبيب يتواجد بمقربة من الضحية، يكون له بالضرورة – بسبب تأهيله – تمام الإدراك بوجود الخطر.

بالإضافة إلى ذلك، فإنّ الطبيب الذي يقود سيارة، ويصيب راجلا، ثمّ يفر ويترك الضحية دون علاج، فإنّه بكل سهولة يدان لامتناعه عن تقديم المساعدة[15]، بغض النظر عن جريمة الإصابة الخطأ، ونفس الشيء، فإنّه بسبب خطأ في التشخيص وتقدير سئ لطبيعة الخطر الحال، توبع طبيب متربص un interne لتقيده بالمراقبة الطبية البسيطة، لمريض مصاب برضوض في الجمجمة traumatisme crânien، ولقد أفرج عنه من تهمة الامتناع عن تقديم المساعدة، بسبب أنّه ارتكب خطأ، باستبعاده لخطورة الإصابة، حيث إنّ أعراضها لا تبدو عادة، إلا فيما بعد[16].

والسواد الأعظم من الحالات، إذا كان الطبيب قد استدعي للتدخل من طرف شخص آخر، وأنّ هذا الأخير قد يخطئ في تقدير الأعراض عندما ينقلها إلى الطبيب، مما جعل بعض الفقهاء يقترحون استبعاد الأطباء من مجال التجريم المتعلق بعدم تقديم المساعدة لشخص في حالة خطر، ويرون تسليط العقوبات التأديبية فقط في هذه الحال[17]، غير أنّ قضاة الغرفة الجنائية لمحكمة النقض الفرنسية لم يستجيبوا لذلك، باعتبار أنّه ينبغي على الأطباء - تحت رقابة ضمائرهم- تقدير ضرورة التدخل[18].

وطبقا لهذا التقدير يمكن للطبيب أن يؤجل تدخله، إذا ما كانت المعلومات التي قدمت له، جعلته يتيقن، بأنّ الحالة ليست من الخطورة التي تبرر تدخله العاجل، وعليه فقط النصح بإعطاء المريض إرشادات، حول ما يجب اتباعه لتقدير التطور اللاحق، في انتظار تدخله[19].

غير أنّه إذا تعذر على الطبيب تقدير مدى خطورة الأعراض التي وصفت له، وجب عليه آنذاك التدخل لتقديم المساعدة[20]، وفي حالة الشك حول درجة خطورة الحالة على الطبيب أن يسرع لتقديم المساعدة[21]، وليس له أن يخضع تدخله للطلب المسبق من طرف الطبيب المعالج[22].

ومن التطبيقات القضائية أيضا للإدانة بسبب جريمة عدم تقديم مساعدة لشخص في حالة خطر، إدانة طبيب رفض التنقل لإسعاف طفل يعاني من نقص في المناعة، وكانت أعراض حالته غثيان مصحوب بارتفاع شديد في درجة الحرارة، وهو خاضع للعلاج بالمضادات الحيوية منذ عدة أسابيع[23].

ج- **عدم وجود خطر بالنسبة للنفس أو للغير**: إنّ المشرع، إذ عاقب على اللامبالاة، فإنّه لم يفرض العمل البطولي، إنّ المادة 182 من قانون العقوبات (المادة 6-223 فقرة 02 من قانون العقوبات الفرنسي)[24] لا تعاقب، إلاّ من يستطيع تقديم المساعدة بدون خطر على نفسه أو على غيره، ومع ذلك يمتنع عمدا عن تقديمها، لأنّ المكلف بتقديم المساعدة، لا يمكنه أن يتحلل منها، بافتعال خطر بسيط، لا وزن له في مقابل خطر عظيم، إنّ القضاة يقدرون كل حالة على حدة، هل الخطر كان عظيما أم لا[25]؟.

إنّ النداءات الليلية لم تكن أبدا دون خطر، بالنسبة للأطباء[26]، فإذا كان أي خطر لا يمكن تجاهله دائما في مجتمع يسود فيه انعدام الأمن، كما هو الحال في مجتمعنا، فإنّ المحاكم قد لا تقبل الذرائع التي يتمسك بها الأطباء، إلاّ إذا اتضح ذلك بصفة كافية، وفي القضايا التي عرفها القضاء، فإنّ الأخطار التي أثارها الأطباء تتعلق عادة بحالتهم الصحية.

إنّ محكمة الجنح لمدينة Béthune، في حكمها بتاريخ 19 أكتوبر1950، لم تقتنع بمبررات الطبيب الذي تمّ استدعاؤه ليلا للحضور لإنقاذ امرأة كانت على وشك الولادة، وقد أصيبت بنزيف فرفض هذا الطبيب التنقل، متذرعا بأنّه كان يعاني من حمى، ويعاني من التهاب في الحلق، حيث إنّ المحكمة لم تقتنع بهذا الدفع، ومما ورد في هذا الحكم الجزائي نذكر ما يلي: "إنّ القرار المتخذ من طرف الطبيب يتنافى بداهة مع ما يجب أن يتخذه في نفس الظروف، إنّ الطبيب يفترض فيه أن يكون مدركا لواجبه"[27].

إذا كانت المحاكم لم تتقبل رفض التنقل بسبب مرض حقيقي، فمن باب أولى أن ترفض وسيلة الدفاع المؤسسة على مجرد حالة تعب، أو مجرد خلود للراحة، أو أكثر من ذلك كتذرع الأطباء بالتعب الناجم عن النشاط الطبي، أو خطر قطع مسافة أربع كيلومترات في طريق تتساقط فيها الثلوج.[28]

إنّ الخطر الذي يمكنه أن يبرر رفض تقديم المساعدة، يمكن أن يكون وفقا للمادة 182 من قانون العقوبات (المادة 6-223 فقرة 02 من قانون العقوبات الفرنسي) -الآنفة الذكر- هو نفسه الخطر الذي يتعرض له الغير، غير أنّ المحاكم تبدو أكثر قسوة نحو الأطباء، إنّ محكمة الجنح لمدينة Béthune في حكمها بتاريخ 19 أكتوبر 1950 المذكور أعلاه، قدرت وجوب إدانة الطبيب الذي حاول تبرير امتناعه بتذرعه بخطر العدوى، الذي قد ينقله –بسبب التهاب الحلق– إلى المرأة التي تعاني من آلام المخاض، إن هو قام بتوليدها، وكذا إلى مولودها[29].

ثانيا: أركان جريمة عدم تقديم مساعدة لشخص في حالة خطر

إنّ جريمة عدم تقديم مساعدة لشخص في حالة خطر- بالإضافة إلى الركن الشرعي الذي تتضمنه المادة 182 من قانون العقوبات- تشتمل على الركنين الآتيين:

الركن المادي لجريمة الامتناع عن تقديم مساعدة: إنّ الجنحة الواردة بالمادة 182 من قانون العقوبات (المادة 6-223 فقرة 02 من قانون العقوبات الفرنسي) لا يمكن إسنادها مبدئيا، إلاّ لمن يستطيع تقديم المساعدة لشخص

في حالة خطر، سواء بفعل شخصي منه أو بطلب الإغاثة ولا يقدم هذه المساعدة، إنّ الغرفة الجنائية لمحكمة النقض الفرنسية– بالرغم من ذلك – لا تدع للمكلف بتقديم المساعدة اختيارا لطريقة التدخل، محاولة منها لتفادي تملص الأفراد الذين قد يتهربون بسهولة من التزاماتهم تجاه الغير، فهي تغلب التزامات التدخل الشخصي، وعند الاقتضاء، تفرض استعمال كلتا الإمكانيتين معا[30].

وفي قرارها بتاريخ 04 فيفري 1998 –السالف الإشارة إليه– قدرت محكمة النقض الفرنسية أنّ الطبيب لم يقم بتنفيذ أي من الطريقتين المفروضتين من طرف القانون، لأنّه رفض التنقل، وكان قد نصح ولي الطفل بإخلائه مباشرة إلى المستشفى، ولم يقدم له أي إسعافات، ولم يقم بنداء مصلحة المساعدة الطبية المستعجلة SAMU، ولا رجال الحماية المدنية، ولا إخطار المستشفى للاستعداد لاستقبال الطفل.

إذا كان التدخل الشخصي غير ممكن، ومن شأنه أن يجلب مخاطر للمريض[31]، فإنّ الطبيب عليه طلب الإغاثة، كذلك، فإنّ محكمة الجنح لمدينة Poitiers في حكم لها بتاريخ 1951/10/21[32]، قد اقتنعت بأنّ طبيب أمراض القلب ليس مؤهلا، لعلاج كسر بالجمجمة، مما لا يمكن معه قيام مسؤوليته الجزائية، وعليه أن يكتفي بطلب النجدة، بغرض إخلاء المصاب إلى مستشفى، أين يكون هناك جراح للتكفل به.

ونفس الشيء، فإنّ محكمة الاستئناف لمدينة Lyon، في قرارها بتاريخ 13 ديسمبر 1973[33]، قد اعتبرت أنّ الطبيب الذي استدعي لعلاج إصابة عضلة القلب infarctus du myocarde بدل أن يتدخل مباشرة، يمكنه الاكتفاء بتوفير سيارة إسعاف، حيث إنّ المحكمة قد كشفت، أنّه بناء على رأي السلك الطبي، يكون من المستحسن عوض النداء على طبيب، القيام بنقل المريض إلى مصلحة استشفائية لمرضى القلب، إنّ نقل المريض– في هذه الحال- يجب أن يتمّ على وجه السرعة وعلى متن سيارة مجهزة بعتاد الإنعاش.

الركن المعنوي لجريمة الامتناع عن تقديم مساعدة: إنّ جريمة الامتناع عن تقديم مساعدة لشخص في حالة خطر هي جريمة عمدية، فلا يجب العقاب

عليها، إلاّ إذا كان الامتناع إراديا، إن الفاعل (الجاني) إذن، يجب أن يكون له القصد لعدم تقديم المساعدة، أي أنّه يعلم أن تدخله ضروريا ولكنه مع ذلك يمتنع عن تقديم المساعدة، حيث إنّ الطبيب لا يمكنه أن يفلت من العقاب بالتذرع بأنّ نداء الإسعاف قد جاء من شخص ليس من زبائنه، إذ إنّه لا يؤثر الدافع في القانون الجنائي على قيام الجريمة[34].

وفي نفس السياق أيدت غرفة الجنح والمخالفات بالمحكمة العليا قرارا صادرا عن مجلس قضاء باتنة يقضي بإدانة طبيب-بعقوبة الحبس لمدة ستة أشهر غير نافذة وبغرامة نافذة قدرها 5000 د.ج - امتنع عمدا عن تقديم مساعدة لمريضة ولم تقتنع المحكمة بما تذرع به، وأقرّت أنّ رفض الطبيب معالجة مريضة بحجة عدم وجود طبيبها المعالج يعدّ ارتكابا لجريمة عدم تقديم مساعدة لشخص في حالة خطر، حيث إنّ امتناع هذا الطبيب عن علاجها تسبب لها في مضاعفات صحية أدت إلى بتر يدها فيما بعد[35].

كذلك، فإنّ محكمة الاستئناف لمدينة باريس في قرارها بتاريخ 18 فيفري 2000[36]، أقرّت بأنّ سلوك طبيب الاستعجالات لا يخلو من أي نقد، إذ قدمت إليه مريضة تعاني من حمل خارج الرحم، وقد تعذر عليه تشخيصه، ولم يقم باستشفائها على وجه السرعة، وتركها ترجع إلى بيتها، طالبا منها القيام ببعض الفحوصات في الغد، مما يشكل خطأ في التقدير، بل إهمالا، إذ أنّ ليس هناك امتناع إرادي لتقديم المساعدة، كذلك، فإنّ الجريمة لا تقوم، إذا امتنع المريض عن تلقي العلاج[37]، حيث يتعلق الأمر هنا بخطأ المضرور الذي تنتفي معه مسؤولية الطبيب، لأنّ المريض هنا، بإتيانه لهذا السلوك يكون قد قطع علاقة السببية بين الضرر الناشئ له والخطأ المزعم إسناده للطبيب.

وفي هذا السياق نقضت المحكمة العليا قرار المجلس القضائي لعدم اكتمال العنصرين المادي والمعنوي، لجنحة عدم تقديم مساعدة لشخص في حالة خطر، طبقا للمادة 182 من قانون العقوبات، ويتعلق الأمر بطبيبة أخصائية في طب العيون تبيّن بأنّها قد أعطت التعليمات لإدخال

المريضة إلى المصلحة ووضعها تحت المراقبة وبداية العلاج، إلاّ أنّ الضحية تردد في إدخال ابنته للمستشفى، وتأخر عن توفير الدواء المطلوب في حينه، كما منعت الطاعنة من دخول المصلحة لمباشرة العلاج بنفسها، مما استوجب نقض القرار القاضي بإدانة هذه الطبيبة المختصة في طب العيون[38].

إنّ المحاولة (tentative) غير مقررة من طرف المشرع، حيث إنّه بالنسبة لجريمة الامتناع لا يمكن تصور حالة الشروع، وأنّ المساهمة الجنائية لا يمكن تصورها كذلك، وبالمقابل، يمكن تصور أنّ عددا من الأشخاص ممن يسلكون سلوكا سلبيا، يمكن إدانتهم كشركاء (coauteurs)[39].

إنّ عدم تقديم مساعدة لشخص في حالة خطر يشكل جريمة وقتية، حيث إنّ آجال انقضاء الدعوى العمومية، هو ثلاثة سنوات، تبدأ في الحساب ابتداء من اليوم الذي يظهر فيه الشعور بضرورة التدخل، طالما أنّ التدخل ممكنا، وليس يوم اكتشاف الوقائع[40].

وإذا كانت الوقائع المجرمة تربطها صلة بالمستشفى العمومي، فإنّه مبدئيا تكون محكمة الجنح هي المختصة بالنظر في دعوى التعويضات المدنية للضحية، إذا كان الطبيب قد ارتكب خطأ شخصيا منفصلا عن الوظيفة، وفي الحالة العكسية، فإنّ القاضي الجنائي يبقى مختصا بالنظر في الدعوى العمومية، سواء ضد الطبيب كشخص طبيعي أم ضد المرفق العام للصحة كشخص معنوي عام - بالنسبة للتشريعات الجنائية التي تخضع الشخص المعنوي العام للمساءلة الجزائية- كما هو الحال في القانون الفرنسي[41]، بينما يختص القاضي الإداري بدعوى التعويض الناشئة عن خطأ في تنظيم أو سير المرفق العام للصحة[42].

وعلى ذكر المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي من المفيد أن نشير إلى أنّه- في فرنسا- وفقا للقانون المؤرخ في 1992/07/27[43] كرست المسؤولية الجزائية للأشخاص المعنوية، باستثناء الدولة، حيث إنّ عقوبة الحل أو المنع من ممارسة النشاط غير مقررة بالنسبة للأشخاص المعنوية العامة،

إذ لا تطبق بشأن هذه الأخيرة، إلا عقوبة الغرامة ومصادرة الأشياء الي استخدمت في ارتكاب الجريمة[44]، حيث إنّ المستشفيات العمومية تسأل جزائيا، شأنها في ذلك شأن جميع الأشخاص المعنوية العامة، غير أنّه تستثنى من هذه المساءلة المستشفيات العسكرية، لأنّها تتبع الدولة[45]، بينما في الجزائر فإنّ الأشخاص المعنوية الخاضعة للقانون العام لا تسأل جزائيا[46].

ولقد ثبت من اجتهادات مجلس الدولة تحميل المسؤولية عن الخطأ المرفقي لمستشفى هواري بومدين لمدينة سوق أهراس في قراره بتاريخ 2004/01/06، حيث إنّ هذا الخطأ المرفقي كان مقترنا بخطأ جزائي لطبيب وقابلتين، فلقد أدين الثلاثة بالقتل الخطأ وعدم تقديم مساعدة لشخص في حالة خطر[47]، وما يمكن تعليقه على هذا القرار هو أنّه يتعلق برفض العلاج من طرف الطبيب والقابلتين، ولذا أدينوا بجنحة عدم تقديم المساعدة لشخص في حالة خطر، حيث نجم عن رفضهم تقديم المساعدة وفاة المرأة الحامل.

وفي فرنسا، تجدر الإشارة إلى القرار القضائي الذي ترجع وقائعه إلى تاريخ 1993/01/29 بفرنسا، حيث أدين فيه طبيبان، كان الأول طبيبا عاما مناوبا بمصلحة الأطفال بمستشفى عمومي، أين تمّ استشفاء طفل في حالة استعجال، وعند استدعاء الطبيب العام للطبيب الأخصائي المناوب عن طريق الهاتف، لم يحضر واكتفى بوصف الدواء عن طريق الهاتف، وبعد تقديم الدواء الذي وصفه لم تتحسن صحة الطفل، بل ازدادت سوءا، وقد فارق الحياة في منتصف الطريق عند تحويله إلى مستشفى جامعي بسبب التهاب السحايا، هذا التشخيص الذي لم يتفطن إليه الطبيبان، وبالاستناد إلى تقريرين مزدوجين للخبرة أكدّ الخبراء بأنّه إستنادا إلى الأعراض الي كانت بادية على المريض، كان من الممكن إنقاذه، لو لم يكن هناك إهمال في التدخل السريع.

وعلى هذا الأساس أدين الطبيب العام بالقتل غير العمدي مع اعتبار القضاة عدم انفصال هذا الخطأ عن المرفق، وبالتالي ينعقد الاختصاص في مجال التعويض المدني للقضاء الإداري، بينما أدين الطبيب الأخصائي

بجنحة عدم تقديم مساعدة لشخص في حالة خطر مع تحميله وحده التعويض المدني، لانفصال الخطأ عن المرفق حسب تقرير القضاة، حيث نرى بما لا يدع مجالا للشك أنّه في هذه الواقعة قد طبق القضاة صحيح القانون، ويرى كاتب المقال أنّ الأخطاء المنفصلة عن المرفق العام الاستشفائي نادرا ما تكون لأنّها يجب أن تكتسي خطورة استثنائية على عكس الأخطاء المتصلة بالمرفق والتي تمثل الحالات الغالبة(48).

نشير في الختام إلى أنّه قد يدقّ التمييز أحيانا بين جنحة عدم تقديم مساعدة لشخص في حالة خطر الواردة بالمادة 182 من قانون العقوبات وجنحة القتل الخطأ والجرح الخطأ الواردة بالمادتين 188 و189 من نفس القانون، ومثال ذلك أن يتغيب طبيب المناوبة عن مصلحة الاستعجالات، مما قد يتسبب في وفاة مريض أو في تفاقم حالته، وقد يكيف القضاء هذه الواقعة على أنّها جنحة عدم تقديم مساعدة لشخص في حالة خطر، إذا ما استند إلى مبرر غياب الطبيب لحظة إخلاء المريض إليه، كتما قد يكيفها على أنها جنحة القتل الخطأ أو الإيذاء الخطأ إذا ما استند إلى عنصري الإهمال الناشئ عن التأخر في التدخل أو عدم مراعاة الأنظمة المتمثل في مغادرة مصلحة المناوبة.

خَاتِمَة

إنّ ما يمكن استخلاصه في خاتمة هذا المقال هو أنّ الاجتهاد القضائي الوطني المتعلق بجنحة عدم تقديم مساعدة لشخص في حالة خطر في المجال الطبي قليل إذا ما قورن بمثيله الأجنبي، فقد يرجع الأمر برأينا إلى عدم نشر القرارات القضائية أو إلى عدم وصول منازعات المسؤولية الطبية إلى سدة القضاء– لإحجام البعض عن اللجوء إلى القضاء، باعتبار أنّ الوفاة أو الأضرار الجسمانية اللاحقة بمرضاهم هي قضاء وقدر – وليس لعدم وجود لحالات عدم تقديم المساعدة أصلا.

وليس أدلّ على ذلك من واقع أداء المستشفيات العمومية لخدماتها، لا سيما سوء تنظيم وسير مناوبة الاستعجالات، باعتبارها المصلحة التي تستقبل مرضى ومصابين يفترض أنّهم في حالة خطر، وفي تقدير كاتب

المقال أنّه قد يمكن إدراج ضمن حالات رفض العلاج أو الإخلال بمواصلة العلاج- التي قد تكون سببا في قيام جريمة عدم تقديم مساعدة لشخص في حالة خطر- الحالات التي تقوم فيها المستشفيات العمومية بتحديد مواعيد للتشخيص أو للعلاج الخارجي أو للاستشفاء لآجال طويلة، تحت ذريعة شغل الأسرة أو عدم وجود الأطباء المتخصصين، أو عدم وجود المواد الطبية والأدوية كمفاعلات المخابر ومواد تحميض الأشعة والتصوير الطبي وغيرها.

كما يمكن تصور عدم سير المرفق العام الاستشفائي في الحالة التي يقوم أعوانه بإضراب من دون أن يضمن الحد الأدنى من الخدمة المقرر قانونا مما يخل بمبدأ دوام سير المرفق العام بانتظام وباطراد، وقد يؤدي ذلك إلى قيام جريمة عدم تقديم مساعدة لشخص في حالة خطر.

ومن أجل تدارك حالات عدم تقديم المساعدة لشخص في حالة خطر في المجال الطبي يقدم صاحب المقال الاقتراحات الآتي ذكرها:

1-ضرورة إعادة النظر في نظام التعاقد مع الأطباء الخواص، بغرض التكفل الأمثل بجميع المرضى مرتفقي المستشفيات العمومية، حتى لا يحرم هؤلاء من الاستفادة من العلاج، بسبب شغل الأسرة نظرا لاحتمال محاباة مرضى العيادات الخاصة، الذين يدفعون فاتورة العلاج للأطباء الخواص المتعاقدين معهم، على حساب التكفل بمن يرتادون المستشفيات العمومية؛

2-ضرورة إعادة النظر في نظام العمل التكميلي لأطباء المستشفيات العمومية، لأنّه لا يعقل أن يتوافد الكثير من المرضى والمصابين على المستشفيات العمومية، وتبرمج لهم مواعيد طويلة الأمد لإجراء أعمال التشخيص والعلاج تحت ذريعة عدم وجود أطباء أو أسرة شاغرة، بينما يسمح لأطباء هذه المستشفيات بالعمل بأجر لدى القطاع الخاص،

3-ضرورة إعطاء أهمية للمسائل القانونية بتدريس قانون المسؤولية الطبية في كليات الطب، وكذا تنظيم الملتقيات والأيام الدراسية بصفة دورية في المستشفيات بنفس الأهمية التي تعطى للمسائل الطبية، لأنّه

قد اتضح عملا أنّ مشكل المسؤولية الطبية يطرح بحدة في الحالات التي يتمّ فيها العمل الطبي دون الاحتكام إلى القانون.

4-ضرورة مساءلة المستشفيات العمومية جزائيا عن جرائم القتل الخطأ والمساس غير العمدي بسلامة المرضى وتعريضهم للمخاطر.

الهوامش والمراجع المعتمـــدة

---

(1) يرجع تاريخيا سبب ظهور جريمة عدم تقديم مساعدة لشخص في حالة خطر، لأن فرنسيين لم يقدموا المساعدة لضباط ألمان جرحى، وإنّ قانون 1941/10/25 ينص في المادة 4 على عقاب "كل من دون أن يتعرض لضرر أو خطر على نفسه أو على الغير يمتنع عن تقديم المساعدة لشخص في حالة خطر، إذا كان عدم إسعاف هذا الشخص ينتج عنه فقدان الحياة، أو جروح جسمانية خطيرة" وقد نقلت عن قانون العقوبات القديم في المادة 63 فقرة 2، وهي اليوم ضن المادة 6-223 فقرة 2 من قانون العقوبات التي تنص على: "كل من يمتنع عمدا عن تقديم مساعدة لشخص دون أن يعرض نفسه، أو يعرض الغير لخطر، حيث يمكنه أن يقدم هذه المساعدة بفعل مباشر منه أو بطلب الإغاثة"

(In Annick DORSNER – DOLIVET, La responsabilité du médecin . éd. Economica , Paris, France, 2006 , P. 327.)

(2) الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 1966/06/8 المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية.ع.1966،49.

(3) حيث كان مبلغ الغرامة في النص الأصلي الصادر سنة 1966 يتراوح ما بين 500 إلى 15.000 دينار، وأصبح بموجب تعديل 2006 (بالقانون رقم: 06–23 المؤرخ في 20 ديسمبر2006، يعدل ويتمم الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 1966/06/8 المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية.ع.84، 2006) يتراوح من 20.000 إلى 100.000د.ج (المادة 60 من القانون المذكور).

(4) الفقرة2 من المادة 182 من قانون العقوبات.

(5) القانون رقم 85–05 المؤرخ في 1985/02/16 يتعلق بحماية الصحة وترقيتها المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائريةع8، 1985. حيث عدلت أحكام هذه المادة بالقانون رقم 90-17 المؤرخ في 1990/07/31 يعدل ويتمم القانون رقم: 85-05 المؤرخ في 1985/02/16 والمتعلق بحماية الصحة وترقيتها، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية. ع35، 1990.

(6) المرسوم التنفيذي رقم 92-276 المؤرخ في 1992/07/06، يتضمن مدونة أخلاقيات الطب، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية. ع. 52، 1992.

(7) حيث تنص على ما يلي: "كل من قتل خطأ أو تسبب في ذلك برعونته أو عدم احتياطه أو عدم انتباهه أو إهماله أو عدم مراعاته الأنظمة يعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات وبغرامة من 20000 إلى 100000 دينار".

(8) Cass.crim, 23 juin 1955, D, 1955, 575. http://www.nxtbook.fr, date de visite du site:10 octobre 2013.

حيث تعلق الأمر بامرأة شابة تعرضت لمحاولة إجهاض، وقد ولدت طفلا لم يكن يبدو حيا بالنسبة للطبيب الذي قام بتوليدها، هذه الأم لم تكن ترغب في الاحتفاظ بالولد فغلفته في فوطة ووضعته في الخزانة.

(9) Cass.crim, 31 mai 1949 , D ,1949 , 347 . In Annick DORSNER – DOLIVET, Op .Cit . P.327.

(10) La Cour de cassation a dit que même si, ultérieurement, les choses se sont arrangées, si le péril a pu être écarté, celui qui a négligé de porter le secours dont il était tenu tombe sous le coup de la loi. Il lui serait trop facile de prétendre que ce n'était pas un péril si grave que cela, puisque les choses se sont arrangées soit toutes seules, soit par l'intervention d'un tiers (Cass.crim. 21 janvier 1954. D. 1954 224).
http://ledroitcriminel.free.fr, date de visite du site:10 octobre 2013.

(11)عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري- القسم العام- الجزء الأول- الجريمة- ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1998.

(12) Annick DORSNER – DOLIVET , Op .Cit . P.328

(13) CA Nancy , 27 octobre 1965 , D,1966, 30, http://www.avodroits-public.com
date de visite du site:10 octobre 2013.

(14) Cass.crim, 26 novembre 1969 , N° de pourvoi: 69-91631 , http://www.legifrance.gouv.fr
date de visite du site:10 octobre 2013.

(15) CA Rennes 20 décembre 1948, JCP ,1949, II 4945. In Annick DORSNER – DOLIVET, Op .Cit . P.329.

(16) Cass.crim. 26 novembre 1969, N° de pourvoi: 69-91631, , http://www.legifrance.gouv.fr
date de visite du site:10 octobre 2013.

(17) A. TOULEMON, Gaz,Pal., 1953, doctr., 48, In Annick DORSNER – DOLIVET, Op .Cit . P.329.

(18) Cass.crim. 31 mai 1949, D, 1949, 347, In Annick DORSNER – DOLIVET, Op .Cit . P.329.

(19) Cass.crim. 26 mars 1997 , N° de pourvoi: 95-81439 , http://www.legifrance.gouv.fr,
date de visite du site: 08-10-2013.

(20) Cass.crim. 23 juin 1955 , Bull, crim ; n° 320, In Annick DORSNER – DOLIVET , Op .Cit . p.329.

(21) Cass.crim. 21 janvier 1954 ,D,1954, I,225, In Annick DORSNER – DOLIVET , Op .Cit . p.330

(22) Cass.crim. 20 février 1958 ,D,1958,534., In Annick DORSNER – DOLIVET , Op .Cit . p.330

(23) Cass.crim. 4 février 1998 , N° de pourvoi: 96-81425 , http://www.legifrance.gouv.fr ,
date de visite du site: 08-10-2013.

(24) http://www.legifrance.gouv.fr , date de visite du site: 08-10-2013.

(25) Annick DORSNER-DOLIVET, Op .Cit . P.330.

(26) L. KORPROBST,Pres.méd.10/17 juillet 1965,73,n ° 34,14371.

(27) Trib.corr.Béthune,19 octobre 1950 ,JCP,1951,II,5 990., In Annick DORSNER – DOLIVET, Op .Cit. P.330

(28) Cass.crim,4 février 1998,précité.

(29) Annick DORSNER-DOLIVET, op.cit.P.331. .

(30) Cass.crim. 26 juillet 1954,Bull.,crim.,n° 276.. In Annick DORSNER – DOLIVET , Op .Cit . P.331.

(31) وهذا في الحالة التي يكون فيها الطبيب غير مؤهل علميا لعلاج الشخص الذي هو في حالة خطر، كأن تكون إصابته تتجاوز تخصصه.

(32) Trib . corr. Poitiers , 21 octobre 1951 , JCP, 1952, II.6 932 , Op Cit .P331.

(33) CA Lyon , 13 décembre 1973 , inédit , Op Cit , P331.

(34) CA Bordeaux , 28 octobre 1953,D., 1958,534. Op Cit P.332.

(35) قرار المحكمة العليا بتاريخ 25 مارس 2009، غرفة الجنح والمخالفات، ملف رقم: 439331 http://www.coursupreme.dz/ date de visite: 10 aout 2013.

(36) CA Paris , 18 février 2000 , D,2000, IR,95, Op Cit. P 332.

(37) Cass crim . 3 janvier 1973, Bull , crim n° 2 Op Cit P.332.

(38) اجتهاد قضائي للمحكمة العليا بتاريخ 26 ديسمبر 1995 في قضية (ح ث) ضد (ب ب) ملف القضية رقم 128892، غير منشور.

(39) Annick DORSNER-DOLIVET, op.cit.P.333.

(40)H.C.J., 5 février 1993,aff.du sang contaminé,D.,1993,261,note J.PRADEL, Dr.pén. 1993,jur.n75, obs.A.MARON.Op. Cit.p.333.

(41) إنّ القانون الفرنسي الذي يقرر نشوء هذه المسؤولية، بسبب عدد من الجرائم، يمكن أن تتعلق بالنشاط الطبي للمستشفيات العمومية، نذكر منها القتل الخطأ والمساس غير العمدي بسلامة الشخص، المسبب لعجز عن العمل أقل أو يتجاوز الثلاثة أشهر، والقيام بأبحاث وتجارب طبية، دون رضا المعني، وكذا الجرائم في مجال نزع وزرع الأعضاء والأنسجة ومواد جسم الإنسان، وتعريض الغير للمخاطر وغيرها .

Art.121- 2 et suiv., Code Pénal Français. http://www.légifrance.gouv.fr, date de visite: mai 2013.

(42) Cass crim . 2 avril 1992,. http://www.legifrance.gouv.fr, date de visite du site: 08-10-2013.

(43) Art.121- 2 et suiv, Code Pénal Français. http://www.légifrance.gouv.fr, date de visite: mai 2013.

(44) A. Lévy et S. Bloch, La responsabilité pénale des collectivités territoriales, de leurs élus, de leurs agents. Litec, 1995 ; J. Moreau ; <<la responsabilité pénale des personnes morales en droit public français>> LPA, 1996, n° 149, P.41 in Martine Lombard et Gilles Dumont,Droit administratif. Dalloz ,5ème éd. 2003, 75685, Paris Cedex 14. P.85.

(45) Lucas Baloup, Etablissements de santé publics et privés, 30 questions sur la nouvelle responsabilité pénale des personnes morales. èd. SCROF,1994; J.Moreau, ‘’ la responsabilité pénale des établissements publics de santé et le nouveau code pénal ’’ AJDA ,1995, P.620, C.SICOT, l’affaire de l’hôpital Trousseau, revue responsabilité ;mars 2004, N° 13, In Marc Dupont , Claudine Esper et Christian Paire , Droit hospitalier . Dalloz, 5 éd. Paris , France, 2005, p.744.

(46) المادة 51 مكرر من قانون العقوبات.

(47) لحسين بن شيخ آث ملويا، دروس في المسؤولية الإدارية – الكتاب الأول– المسؤولية على أساس الخطأ. دار الخلدونية، ط1، القبة القديمة، الجزائر، 2007، ص169 وما بعدها.

(48) C.Sicot, "responsabilité medical de l'hopital public: faute detachable de la fonction", le concours médical.Revue hebdomadaire des praticiens,N° 120,avril 1998,Paris 75010.P.1110 et suiv.

الحماية الجنائية للأعضاء البشرية
دراسة في الفقه والتشريع المقارن

د.عبد الرحمن خلفي
جامعة بجاية

¥

إنّ التّطور العلمي الحاصل في العقود المتأخرة وفي الميدان الطبي بالذات ليشكل بحقّ طفرة لم تسبق لها البشرية من قبل، وتتمّ في شكل متسارع جعل المشرع تغيب عنه الكثير من التقنيات الحديثة التي لم يستطع الحد من تجاوزاتها.

وقد نال مجال نقل وزراعة الأعضاء البشرية رواجا كبيرا شهد على شهرة علماء طب دوليين، لكنه وفي المقابل شجّع على ظهور سماسرة دوليين يقومون بدور الوساطة بين تجار قطع الغيار الآدمية، وللأسف بعض الأطباء هم الذين يقومون بالعملية الجراحية.

ولقد سارع العديد من الباحثين[1] ورجال القانون مؤثرين على التشريعات الوطنية وكذا رجال القضاء، ودفعهم في ذلك حرصهم الشديد على حفظ سلامة وحرمة جسم الإنسان إلى الخوض في المشاكل التي تثيرها عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية.

وقد لا يطرح الإشكال بشأن العضو الميت أو العضو المريض متى وجب استئصاله حفاظا على حياة الإنسان، لأنّ أسباب الإباحة تمنح للجراح رخصة في ذلك طالما كانت واقعة تحت طائلة الأعمال التي يأذن بها القانون، إلاّ أنّه ومتى ثبت أنّ الاستئصال سوف يطال عضوا سليما غير مدفوع بالضرورة العلاجية، بل على العكس من ذلك قد يرتب ضررا على السلامة البشرية فإنّ هناك حاجة ماسة لتدخل المشرع من أجل وضع ضوابط قانونية من شأنها أن تلعب دورا مهما في تضييق عملية النقل وترتيب المسؤوليات حتى نحدد نطاق الحماية الجنائية للأعضاء البشرية في مواجهة

الطبيب في إطار نقلها وزرعها بين الأحياء في ظل الممارسات الطبية والعلمية الحديثة.

ونحاول أن نُضيّق من مجال بحثنا ليشمل فقط حماية الأعضاء البشرية في مواجهة العمل الطبي فحسب، وأن يرد هذا العمل على نقل وزرع الأعضاء بين الأحياء، بمعنى آخر يخرج عن نطاق دراستنا نقل الأعضاء من إنسان ميت نحو إنسان، وهو التدخل الذي يمكن إدراجه تحت عنوان الحماية الجنائية للأعضاء البشرية الحية، فإلى أيّ مدى وفّق النّظام العقابي الجزائري في حماية سلامة جسم الإنسان من سماسرة الأعضاء البشرية؟ وللخوض في موضوعنا هذا ارتأينا دراسته في ثلاثة نقاط.

أولا: الأساس القانوني الذي يسمح بالمساس بأعضاء جسم الإنسان الحي.

ثانيا: تحديد القيود القانونية التي رصدها التشريع من أجل بسط حمايته للشخص المانح والمتلقي.

ثالثا: تحديد المسؤولية الجنائية للطبيب المترتبة عن مخالفة كلّ من الأساس القانوني والضوابط القانونية.

أولا: الأساس القانوني لمشروعية عملية نقل الأعضاء في ظل القواعد العامة للقانون الجنائي:

الحقيقة أنّ الحديث عن الأساس القانوني لا يكون إلّا إذا تخلّف المشرع عن تنظيم عملية نقل الأعضاء البشرية، أمّا وإن بسط هذا الأخير سياج حمايته يصبح الحديث عن مسألة الإباحة من عدمه من قبيل التزييد[2]، وإن كانت محاولة المساس بجسم الإنسان من دون مقتضى هو من قبيل الاعتداء على سلامته، ويترتب عن ذلك المسؤولية الجزائية للطبيب صاحب العملية، وحتى لا تتمّ مسؤولية هذا الأخير لا بدّ من معرفة السبب الذي يحول دون معاقبته على اعتبار أنّ تدخله يدخل في إطار الإباحة، وإن تنازع حول هذا الأمر نظريتان كل واحدة منهما تحاول أن تعطي التبرير الشرعي لعملية نقل الأعضاء، وترجعه إلى أهم القواعد في القانون الجنائي؛ وهما نظرية الضرورة التي ترى في حالة الضرورة ورضا المانح سببا كافيا يسمح بنزع الأعضاء البشرية، ونظرية المنفعة

الاجتماعية التي ترى في المنفعة التي سوف تعود على المجتمع ككلّ والمضاف إليها رضا المانح مبررا كافيا كذلك لاستئصال الأعضاء البشرية، وسنشرح بإيجاز محتوى النظريتين؛

1/ نظرية الضرورة: تثير حالة الضرورة إشكالا تنازعه الفقه والقانون حول طبيعتها؛ بين من يضعها ضمن أسباب الإباحة أو ضمن موانع المسؤولية، وإنّ هذا الاختلاف له آثاره بالنسبة للعمل الطبي[3]، لأنّه إذا درجنا على تصنيفها من أسباب الإباحة فإنّ حالة الضرورة تعدم الوصف الجزائي عن الفعل وتجعله مباحا، ومنه التأثير على البناء القانوني للركن الشرعي، وهكذا لا تقوم المسؤولية الجزائية ولا المدنية[4]، أمّا وإن تمّ تصنيف حالة الضرورة في إطار موانع المسؤولية، فإنّ القاضي طبقا لسلطته التقديرية قد يحكم ببعض تدابير الأمن الشخصية، هذا ناهيك عن قيام المسؤولية المدنية التبعية.

ويعرف الفقه حالة الضرورة بأنّها "حالة الشخص الذي يجد نفسه أمام خطر وشيك الوقوع ولا سبيل إلى تفاديه إلا بارتكاب فعل ـ بحسب الأصل ـ محظور ومعاقب عليه"[5]، وتعني ضرورة العمل الطبي أنّ الجراح الذي يقوم بعملية استئصال العضو من الشخص المانح إنّما يدفع خطرا جسيما يهدد الغير وهو الشخص المتلقي، وذلك بإيقاع ضرر أقل جسامة على من ينتزع منه العضو، وببساطة أنّ الفائدة تعلو الضرر في العمل الطبي[6]، ومن ثمّة لا يسأل الطبيب جزائيا ولا مدنيا طالما كان هذا الأخير ضمن حالة الضرورة[7].

ولقد ظهرت نظرية الضرورة كأساس لمشروعية نقل وزراعة الأعضاء في فرنسا في ظل الفراغ التشريعي حتى صدور قانون 1972 ويشترط على الطبيب حتى يعمل بنظرية الضرورة؛

ـ أن يكون هناك فعلا خطر محدقا بالمتلقي بحيث يترتب على عدم زرع العضو لديه أمر خطير يمكن أن يؤدي إلى وفاته.

ـ يجب أن يكون الخطر المراد تفاديه أكبر من الضرر الذي سيصيب المتنازل.

ـ أن تكون عملية نقل العضو هي الوسيلة الوحيدة لإنقاذ الشخص المتلقي[8].

وتجدر الإشارة إلى أنّ الأخذ بنظرية الضرورة على إطلاقها خاصة وأنّ الموازنة بين النفع والضرر بيد الطبيب وحده تجعل لهذا الأخير اليد الطولى في استئصال أيّ عضو يراه مناسبا من الناحية الطبية ومن دون حاجة إلى موافقة المانح، كلما تراءى له أنّه في حالة ضرورة.

وتداركا لما قد ينجر عن ذلك من تجاوزات، رأى أصحاب هذه النظرية بوجوب أن تقترن حالة الضرورة بموافقة الشخص المانح، ويجب أن يكون هذا الرضا صريحا ومستنيرا ومتبصرا، بمعنى أوضح لإعمال نظرية الضرورة يشترط أصحابها شرطين أساسيين هما حالة الضرورة وموافقة المانح وباكتمالهما يصبح لعملية نقل وزرع الأعضاء البشرية أساس قانوني يبيح هذا العمل من طرف الطبيب الجراح.

ـ **تقدير نظرية الضرورة:** ما يعاب على نظرية الضرورة أنّ التبريرات التي قدمتها لمشروعية عملية نقل الأعضاء البشرية كانت غير كافية، خاصة ما تعلّق بكون الطبيب الجراح كان في حالة ضرورة عند قيامه بالعملية رغم كونه ليس طرفا فيها بل هو واسطة فحسب، وكان الأجدر أن الذي يكون في حالة ضرورة هو الشخص المتلقي حتى يباح له هذا الفعل.

بمعنى آخر؛ أنّ حالة الضرورة تقوم بين طرفين الأول من يدفع الخطر وقاية لنفسه والثاني من يقع عليه الضرر وهو المجني عليه، فأين حالة الضرورة التي تستدعي تدخل الطبيب[9]؟

بل، وأكثر من ذلك أنّ الكثير من عمليات نقل الأعضاء البشرية لا تتوفر فيها أهم شروط حالة الضرورة، مثلا عدم وجود أيّ وسيلة أخرى لدفع الخطر إلا بإيقاع الضرر على شخص أخر، بالإضافة إلى شرط اللزوم والتناسب، وهو الأمر المفتقد في كثير من عمليات نقل وزراعة الأعضاء خاصة المريض بالفشل الكلوي الذي بإمكانه أن يبقى لفترة طويلة على جهاز الكلى[10].

2/ نظرية المنفعة الاجتماعية: وإن كانت نظرية الضرورة تنطلق من توافر حالة الضرورة ثمّ تنتهي بوجوب حصول موافقة الشخص المانح، فإنّ نظرية المنفعة الاجتماعية تنطلق من وجوب توافر الرضاء الذي يعدّ أساسا يباح بمقتضاه انتزاع عضو من جسمه، على أن يقترن هذا الرضا بالمنفعة التي تعود على المجتمع، وبالتبعية لذلك يكون العنصران الهامان كأساس لمشروعية عملية نقل وزرع الأعضاء البشرية؛ القبول الصادر من المانح والمنفعة الاجتماعية.

وإن كان عنصر الرضا تمّ شرحه آنفا، تبقى المنفعة الاجتماعية التي تعدّ أساسا لمشروعية العمل الجراحي، ذلك أنّ الحق في سلامة الجسم وإن كان حقا فرديا إلا أنّ له بعدا اجتماعيا، فيجب على أعضاء الجسم أن تؤدي واجبها نحو المجتمع، وحتى يكون لها ذلك وجب على الفرد أن يجتهد لحماية جسمه، وألاّ يتصرف في أي عضو من أعضائه دونما مقتضى، وبعبارة رجال القانون المدني فإنّ للمجتمع حق ارتفاق تقرر له من خلال الحفاظ على سلامة الجسد[11].

وتطبيقا لنظرية المنفعة الاجتماعية على نقل الأعضاء البشرية يقتضي النظر دائما إلى النتيجة النهائية التي سوف يجنيها المجتمع بحيث تكون أكبر من المحصلة التي كانت قبل العملية، أي أن يكون مجموع أداء المانح والمتلقي بعد نقل وزراعة العضو أكبر مما كان عليه من قبل، حتى ولو تسببت العملية في انتقاص في صحة المانح طالما يقابل ذلك زيادة في السلامة الجسدية للمتلقي، وكما يشرح ذلك الدكتور مروك نصر الدين من خلال مثال بسيط؛ عندما يتنازل شخص عن إحدى كليتيه السليمتين لمريض يعاني من فشل كلوي يهدده بموت محقق فإنّ الفائدة الاجتماعية تزيد في جملتها عمّا كان قبل إجراء عملية نقل الكُلية[12].

- تقدير النظرية: ما يعاب على هذه النظرية أنّها تعتمد على أساس غير واضح، يجعل الأعضاء البشرية أشياء مشاعة بين أفراد المجتمع، يتمّ نقلها فيما بينهم للمنفعة التي سوف تعود على المجتمع، أي أنّ هذه النظرية تهمل الجانب الشخصي، ترى بالفائدة الاجتماعية للشخص الذي تمّ نزع

عضوه، رغم أنّ هذا الأخير لم يجن شيئا، بل خسر أحد أعضائه، وقد تسبب ذلك في قصور أبدي وتأثير على باقي الأعضاء السليمة(13).

ورغم أنّنا لا ننكر أهمية نظرية المنفعة الاجتماعية، فإنّه ـ ومن دون شك ـ تبقى نظرية الضرورة وما تطرحه من أساس قانوني الأقرب إلى الموضوعية، وتتناسب بشكل واسع مع عملية نقل الأعضاء البشرية، ولكن ليس في جميع الحالات، لأنّ العمليات الشائعة ـ مثل نقل الكلى ـ تتمّ عادة بين طرفين لا يكون فيها الوقت عامل مهم، طالما أنّ المريض يمكنه العيش مدة أطول تحت جهاز الكلى.

بالإضافة وأنّ حالة الضرورة ـ من وجهة نظر قانونية ـ قد تسمح بالتدخل لإنقاذ الشخص المتلقي وهو من الغير، ولا نجد مانعا في ذلك، باعتبار أنّ الضرورة هي حالة الشخص الذي يمكنه أن يدفع عن نفسه أو عن غيره شرا محدقا به أو بغيره إلاّ ارتكاب جريمة بحق أشخاص آخرين(14).

ثانيا: الضوابط القانونية التي تسمح بعملية نقل وزرع الأعضاء البشرية.

يجب أن لا ننكر أنّ عملية نقل عضو من الشخص المانح وزرعه في الشخص المتلقي هو من قبيل المساهمة في حماية الحق وفي الحياة وفي سلامة الجسم، إلاّ أنّه وبالموازاة يجب أن تتقيد هذه العملية بضوابط وقيود هي في النهاية تعنى بحماية الشخص المانح والمتلقي على السواء، مع الإشارة وأنّ عملية نقل الأعضاء البشرية ـ وطبقا للقواعد العامة المعمول بها ـ يجب ألاّ تتعارض مع النظام العام والآداب العامة لأنّها سوف تنسف الاتفاق الواقع بين الشخص المانح والشخص المتلقي، وهذا ما نصت عليه المادة 96 من القانون المدني الجزائري(15) بالإضافة إلى ما تمّ تداوله عبر قانون الصحة من ضرورة مجانية عملية النقل عبر نص المادة 2/196 حتى لا يفتح المجال للتجارة بالأعضاء الآدمية، والنصوص العقابية المشار إليها في قانون العقوبات.

1/ الضوابط المرتبطة بالشخص المانح: ونعني بذلك اشتراط الرضا الصريح والمتبصر للشخص المانح، وهو أحد أهمّ الضمانات الممنوحة له حتى لا يكره على نقل عضو من أعضائه أو أن يكون في موضوع تهديد، بل

أكثر من ذلك يجب أن يكون هذا الرضا ممن يملك حقّ التصرف، بمعنى أن يكون بالغا وعاقلا، لأنّه لا يجوز للولي على القاصر أو القيم على الشخص المحجور عليه أو الوصي على من في وصايته أن ينوب الشخص المانح ويتصرف في أعضائه كما يتصرف في أمواله[16]، ولا مجال للمحكمة في الترخيص بذلك.

نحاول أن نعالج في هذه الجزئية الكيفية التي يتم بها التعبير عن الموافقة من قبل المانح[17] ثمّ الخصائص التي يتميز بها هذا الأخير؛

أ/ يجب أن يكون الرضا مكتوبا: بمعنى أنّ الموافقة الصادرة عن المانح يجب أن تكون في شكل مكتوب، إلاّ أنّ هذه الكتابة هي طريقة تعبير فحسب؛ أي لا يشترط أن تكون في شكل نموذج محدد سلفا من طرف المستشفى، فيمكن أن يكون في ورقة عرفية بشرط التحقق من صاحبها[18]، وهو التوجه الذي سارت عليه تقريبا جلّ التشريعات المنظمة لعملية نقل الأعضاء البشرية، من بينها قانون الصحة الجزائري في نص المادة 162 منه[19]، التي تشترط أن تكون موافقة المانح كتابية، وتحرر بحضور شاهدين، وتودع لدى مدير المستشفى والطبيب رئيس المصلحة، رغم أنّ مسألة الإثبات تبقى فيها بعض المسائل الخلافية لعلّ أهمها تحديد الملكف بإحضار الشهود، نظرا لما لذلك من تأثير على نقل عبء الإثبات في حال وجود خطأ طبي[20].

ب/ يجب أن يكون الرضا صريحا و متبصرا: نقصد بذلك أن يكون الرضا صريحا أي نافيا لأيّ شك رافعا لأيّ لبس، واضحا في معناه دالا على ذلك بعبارات جازمة عن نيّة المتبرع في منح أحد أعضائه قيد حياته، وحتى يعتد بالرضا المكتوب والصريح من قبل المانح، يجب أن يكون عن بصيرة، ويتمّ ذلك بعد أن يتم فحصه من قبيل طبيب مختص غير الطبيب الذي يجري عليه عملية الاستئصال، ثمّ القول ما إن كانت حالته الصحية والنفسية تسمح بعملية نقل أحد أعضائه أم لا، ثمّ يجب على الطبيب الجراح أن يلّم المانح بكافة جوانب العملية وآثارها السلبية والإيجابية

بالنسبة لجسمه ولجسم المتلقي، ثمّ فترة علاجه ومدة نقاهته، وهل أنّ هذه العملية قد تؤثر على علاقته مع عائلته أم لا، أي يجب أن يدرك المانح كل الأمور المحيطة بالعملية سواء طرح بشأنها سؤالا للطبيب أم لم يطرح طالما كانت معرفتها لازمة قبل أن يتم التعبير عن الإرادة بالقبول.

وقد نص على ذلك المشرع الجزائري في قانون الصحة في المادة 2/162 هذه الأخيرة الي تأمر الطبيب الجراح بأن يخبر الشخص المانح بالأخطار الطبية المحتملة الي قد تتسبب في عملية الانتزاع، وهو بذلك قد فوّت على الطبيب فرصة التعذر بعدم التبصير تحت أيّ ظرف من الظروف.

ونفس المصير سلكته جلّ التشريعات، منها القانون اللبناني الذي توعد الطبيب الذي لا يقوم بتبصير المريض تبصيرا شاملا وافيا، في نص المادة السابعة من المرسوم الإستشراعي رقم 83/106 بنصها "كل من أقدم على أخذ الأنسجة والأعضاء البشرية دون مراعاة الشروط المذكورة في المرسوم يتعرض لعقوبة الحبس من شهر إلى سنة وبغرامة من 1.000 إلى 10.000 ليرة أو إحدى هاتين العقوبتين".

د/ يجب أن تكون الإرادة غير مكرهة عند التعبير بالموافقة: تحرص التشريعات المنظمة لمسألة نقل وزرع الأعضاء البشرية إلى اشتراط أن يكون التعبير بالموافقة خاليا من أي ضغط أو إكراه سواء كان ماديا أو معنويا من شأنه أن يعدم الرضا الصادر من المانح، كما يشترط أن يكون محينا أي متزامنا مع وقت إجراء العملية، ويجب أن تستمر هذه الموافقة وبنفس الكيفية وقت العملية في غير إكراه، بل يشترط المشرع ذلك صراحة بالنص 162 "ويستطيع المتبرع في أيّ وقت كان أن يتراجع عن موافقته السابقة" وهو بذلك يدعوا إلى ضرورة الحصول على استمرار الموافقة.

بل، وأكثر من ذلك توجد بعض التشريعات من لا تقبل حتى مجرد حمل المانح على التبرع أو حثّه على ذلك من خلال التأثير عليه من جانب أخلاقي، بل يرى ذلك من قبيل الإكراه المؤثر على الإرادة[21].

كما أنّ الإرادة الحرة المعبرة عن القبول يجب أن تكون بعيدة عن الغلط أو التحايل وما سواهما وهذا موجود بالقواعد العامة في القانون المدني في طريقة التعبير عن الإرادة.

هـ/ يجب أن يكون للمانح أهلية التصرف: هناك من التشريعات من فصلت في هذه النقطة أي وجوب أهلية المانح بأن وضحت أن يكون هذا الأخير بالغا من العمر 19 سنة كاملة يوم التعبير عن القبول وليس يوم إجراء العملية، ولا يعتد بالأهلية الناقصة أو أهلية الشخص المميز لأنّ هذه الأفعال ليست نافعة نفعا محضا وليست حتى دائرة بين النفع والضرر بل يقع باطلا كل تصرف في أعضاء الجسم البشري كان قبل سن الثامنة عشر ولا تلحقه إجازة الولي، ماعدا التصرف بين الإخوة الأشقاء وهذا في التشريع السوري الذي كان واضحا في نص المادة الثانية من القانون رقم: 31 لسنة 1972 "يمكن للقاصر أن يتبرع شريطة أن يكون المتبرع له شقيقه التوأم وبموافقة الوالدين في حالة وجودهما أو أحدهما أو الولي الشرعي" ونلحظ أنّ نصّ المادة السالف الذكر يشترط أن يكون الإخوة الأشقاء توأم.

على خلاف المشرع الفرنسي الذي لم يشترط أن يكون الإخوة الأشقاء توأم، بل اكتفى بإثبات علاقة الأخوة فحسب بشرط موافقة المانح القاصر ثمّ رضا الممثل القانوني، أو موافقة لجنة مؤلفة من اثنين أو ثلاثة على الأقل من الأطباء مدّة خدمة أحدهم لا تقل عن عشرين عاما، وتعتبر هذه اللجنة بمثابة جهة قضائية تصدر قرارها بعد فحص ودراسة جميع النتائج المحتملة لعملية الاستئصال، وهذا في القانون رقم: 94/654 الصادر سنة 1994[22] رغم أنّنا لا نرى بالطابع القضائي لهذه الهيئة طالما أنّه لا يوجد في تشكيلها قضاة.

أمّا المشرع الجزائري فنص في المادة 163 من قانون الصحة بعدم جواز نزع أعضاء القاصر أو الراشد المحروم من التمييز، بمفهوم المخالفة يجب أن يكون الشخص المانح بالغاً سنّ الرشد ومتمتعاً بكامل قواه العقلية، ويا حبذا لو كان المشرع الجزائري أكثر وضوحا مثل باقي التشريعات في

تحديد السنّ لأنّه قد يختلط عند الدارس ما هو سن الرشد الذي يقصده المشرع هل هو سنّ الرشد الجزائي أم المدني وبخاصة وأنّ المشرع يعتمد سياسة عدم توحيد سنّ الرشد في جميع القوانين[23].

2/ قبول المتلقي: إنّ ما قيل في الشكل الذي يتطلبه القانون في التعبير عن الرضا عند المانح، هو تقريبا نفسه في الشخص المتلقي، بمعنى أنّ شرط الكتابة واجب في عملية العلاج، ويكفي في هذه الحالة مجرد التوقيع على نموذج معدّ من طرف المستشفى، على أن يكون الرضا صادرا عن المتلقي نفسه مادام في وضع يسمح له بالتعبير عن إرادته، وفي الحالة العكسية يكفي القبول الصادر عن أهله طالما أنّ الضرورة تسمح له بذلك، وسنحاول أن نتطرق إلى جملة النقاط المثارة على النحو المبين أدناه؛

أ/ يجب أن يتحصل الطبيب على رضا المتلقي البالغ: السؤال المطروح في هذا العنصر بالذات هل يعتدّ برضاء الأهل والأقارب عندما يتعذر الحصول على رضاء المتلقي لكونه في حالة صحية لا تسمح له بذلك؟ وقد يعجز الطبيب حتى في الحصول على رضا الأهل، فهل يجوز في هذه الحالة المساس بجسم المتلقي طالما حالة الاستعجال متوفرة؟ وهل تكفي حالة الضرورة لإعطاء التبرير لعمل الطبيب أم أنّ هذا الأخير سيجد نفسه مسؤولا جزائيا إذا أقدم على هذا الفعل؟

في الحقيقة إنّ المشرع الجزائري اشترط في المادة 166 قانون الصحة العمومية موافقة الشخص المتلقي وهذا بحضور الطبيب رئيس المصلحة، وبحضور شاهدين، إلاّ أنّ الغريب في الأمر أنّه لم يشترط أن تكون الموافقة كتابية ولا ندري هل سقطت سهوا أم تعمدها طالما كان الشخص المتلقي مستفيد في جميع الحالات.

وفي حالة تعذر الحصول على موافقة المريض بسبب الإغماء أو الضعف الجسدي الذي لا يسمح له بذلك[24] أمكن الحصول على الرضا من أعضاء أسرته حسب الترتيب الذي أعدته المادة 2/164؛ الأب أو الأم، الزوج أو الزوجة، الابن أو البنت، الأخ أو الأخت، وإذا تعلق الأمر بأشخاص لا

يتمتعون بالأهلية القانونية أمكن أن يعطي الموافقة الأب أو الأم أو الولي الشرعي حسب الحالة.

ب/ يجب أن يكون رضا المتلقي عن بصيرة: يقع على الطبيب الجراح تبصير المتلقي بكل الجوانب المتعلقة بالعملية، ويترتب على مخالفته المسؤولية الجزائية في التشريعات المقارنة، ونعني بالتبصير لفت انتباه المريض المتلقي إلى الآثار الصحية السلبية المحتملة، ومدى قبول جسمه للعضو المزروع، بالإضافة إلى نسبة النجاح المتوقعة، كما أنّ الطبيب في ذلك غير مطالب بكتمان بعض الأمور عن المريض احترازا لحالته النفسية والمرضية أو تحججا بأنّ هذا الأخير لا يفقه الأمور الطبية والأساليب العلمية[25].

وهناك من الفقه من يكتفي بضرورة علم المتلقي بالأمور المهمة فقط التي لها علاقة بالعملية دون الحاجة إلى الخوض في المسائل الفرعية، بل إنّه يوجد في الفقه من يتنازل أكثر من ذلك ويكتفي فقط بالإعلام السطحي لأنّ من شأن كثرة التوضيحات أن ترهب المريض وتزيد من تعقيد العملية[26].

وكان القضاء الفرنسي حاسما في ذلك[27]، فهو يشترط الرضاء الصريح من المتلقي، أو ممن هو في ولايته، وأن يخطر بالنتائج الخطيرة للعملية الجراحية، وإذا حدث وأن وقع أثناء إجراء العملية بعض التعقيدات، فإن أمكن تأجيل العملية لشرح ما هو جديد للمريض المتلقي فوجب ذلك وإن تعسر الرجوع إلى نقطة البداية فلا بأس على الطبيب من أن يتم عمله، كما اشترط القضاء ضرورة علم المريض عن كل ما يمكن أن يحدث عند استعمال الوسيلة المخدرة[28].

أمّا المشرع الجزائري فقد اشترط في نص المادة 5/166 أن يكون الرضا لاحقا لعلم المتلقي وموضحا لجميع الأخطار الطبية المتوقعة.

3/ عدم تعارض عملية الزرع مع النظام العام والآداب: إنّ الاعتداء على سلامة جسم الإنسان كأصل عام هو عمل غير جائز إتيانه، وهو ما يقتضيه الصالح العام، إلاّ أنّ هذه القاعدة لا تخلو من استثناء، بحيث يمكن المساس بجسم الإنسان طالما كان هذا المساس متوافقا مع مصلحة المجتمع،

ولا يكون الحال كذلك إلاّ إذا تماشى والشروط التي تحددها أخلاقيات الطب وكذا التشريعات المتعلقة بقوانين الصحة.

ولقد شهد العالم تطورا هائلا في المجال الطبي إذ أصبح التعامل في أعضاء الإنسان كالتعامل في قطع غيار السيارات، مما ساعد على ظهور تجاوزات في مجال زرع الأعضاء البشرية وغيره سيما الاستنساخ البشري، استئجار الأرحام، بنوك الأجنة وتغيير الجنس من ذكر إلى أنثى ومن أنثى إلى ذكر، وكل ما ينتج عن ذلك من أمور والتي تعدّ بحقّ مساسا بالنّظم العامة والآداب العامة للمجتمعات خاصة منها الإسلامية والمسيحية، وهذا ما جعل أغلب التشريعات تتدخل لتحدّ من هذا التسارع، وما شهدناه من تجريم الاستنساخ في جميع بلدان العالم، وكذا تحريم استئجار الأرحام في أغلب دول العالم العربي خير دليل على ذلك.

4/ مجانية نقل الأعضاء البشرية: لقد امتد حظر المشرع حتى وصل إلى عدم جواز بيع الأعضاء البشرية أو ما يعرف بتجريم الاتجار بالأعضاء، ويمنع على الطبيب الذي يعلم بوقوع التنازل بمقابل مادي أن يجري عملية الاستئصال، رغم مناداة جانب من الفقه بجواز بيع الأعضاء بشرط أن يتمّ في شكل منظم، وألاّ يترتب على استئصال العضو المبيع أية عاهة بدنية دائمة(29).

وهذا ما أدى إلى انتشار ظاهرة تجارة الأعضاء بشكل كبير بعد ظهور بنوك الأعضاء؛ أين يجتهد السماسرة مع بعض الأطباء في القيام بهذا العمل، وهذا ما شجع على استفحال ظاهرة خطف الأطفال والمشردين وأصحاب العاهات العقلية، والذين أصبحنا نرى جثثهم مرمية أو مدفونة بطريقة جماعية بعد اجتثاث ما بها من أعضاء، الظاهرة التي تخطت دول أمريكا اللاتينية إلى بلادنا، وقد أجمع الفقهاء المعاصرين في فتواهم بعدم جواز بيع الأعضاء البشرية(30).

ولم يكتف المشرع الفرنسي بتقرير مبدأ مجانية التنازل عن الأعضاء البشرية، بل فرض عقوبات جزائية لاحترام هذا المبدأ تصل إلى الحبس لمدة 07 سنوات، وتمتد العقوبة حتى بالنسبة لأعمال الوساطة، إلاّ أنّ

المشرع الجزائري في قانون الصحة، وفي المادة 161 الفقرة الثانية اكتفى بعدم جواز انتزاع الأعضاء أو الأنسجة البشرية ولا زرعها بمقابل مالي دون أن يترتب على مخالفة هذا الأمر مسؤولية جزائية.

ثالثا: المسؤولية الجنائية للطبيب المترتبة عن مخالفته للضوابط القانونية لعملية نقل وزرع الأعضاء.

إنّ عملية نقل الأعضاء البشرية من أعقد العمليات التي يقوم بها الأطباء لما فيها من أخطار كثيرة تحدق بالشخص المانح والمتلقي، لهذا قيدها المشرع بجملة القيود السالفة الذكر، وغرضه في ذلك الحدّ من المتاجرة بالأعضاء والأنسجة البشرية، فقد لا يستوفي الطبيب الجراح هذه الشروط؛ بمعنى آخر قد يخالف أحكام قانون الصحة، كأن يجري الطبيب العملية دون أن يستحضر رضا المانح، وقد يتعلل بكون حضور المانح بنفسه إلى المستشفى دليل على الموافقة رغم أنّ المشرع يشترط الكتابة بحضور شاهدين، كما قد لا يقوم الطبيب بواجب تبصير المانح بمخاطر العملية وانعكاساتها السلبية الآنية والمستقبلية، ونفس الأمر بالنسبة للشخص المتلقي فقد لا يستحضر كذلك رضاه، أو قد يجري له العملية رغم كونه قاصرا، كما قد يعلم الطبيب بوجود صفقة مالية بين المانح والمتلقي ورغم ذلك يعمد إلى مواصلة العملية الجراحية بحجة أنّ الشخص المتلقي في حالة خطيرة تستدعي عدم التأخير هذا ناهيك إن كان طرفا في الصفقة.

إذن كثيرة هي المخالفات التي يمكن أن تسجل في حقّ الطبيب، وسنقوم بإبراز النصوص الجزائية التي يمكن أن تتطابق بشكل مباشر وغير مباشر مع جملة الاعتداءات على الأعضاء البشرية، وسيتم تقسيمه إلى جنح وجنايات وإردة طبقا للقواعد العامة قبل تعديل سنة 2009، ثمّ الحديث باختصار عن جملة الجرائم التي أدرجها المشرع الجزائري عن المتاجرة بالأعضاء البشرية.

1/الأفعال التي تحمل وصفا جنحيا: توجد صور عديدة في قانون العقوبات تحمل وصفا جنحيا ومنها؛ الضرب والجرح، إعطاء مواد ضارة، القتل الخطأ نوردها تباعا على النحو المبين أدناه؛

أ/جنحة الضرب أو الجرح: نص المشرع الجزائري على الضرب والجرح بموجب المادة 264 من قانون العقوبات، ويمكن تعريف الضرب الواقع على جسم المريض سواء كان على الشخص المتلقي أو المانح بأنّه "كل ضغط ينال أنسجة الجسم أو يقع عليها بفعل خارجي دون أن يحدث قطعا أو تمزيقا في هذه الأنسجة، كالصفع أو الرض أو الدفع أو أيّ احتكاك بجسم المجني عليه، سواء ترك أثرا بالجسم المجني عليه أو لم يترك"[31].

أمّا الجرح" فهو الفعل الذي يأتيه الطبيب ومن شأنه إحداث قطع أو تمزيق في الجسم أو في أنسجته سواء كان التمزيق كبيرا أو صغيرا"[32].

كمّا أنّ جريمة الضرب تتحقق بمجرد التأثير على أنسجة الجسم دون مبرر قانوني وقد يتحقق الضرب باليد كما قد يتحقق باستعمال العصا أو أية وسيلة أخرى، أمّا الجرح فلا يلزم أن ينتج عنه نزيف دموي داخلي، وهو الآخر لا يشترط وسيلة محددة، فمثلما يكون باليد قد يكون بشيء آخر[33].

وإذا كان الضرب أو الجرح واقعا على قاصر لا يتجاوز 16 سنة فإنّ العقوبة تكون مشددة تصل إلى 05 سنوات نظرا للحرص الذي يوليه المشرع للقاصر.

ويكون الطبيب الجراح مقترفا لجريمة الضرب إذا ما استعمل أي وسيلة من الوسائل الطبية بغرض القيام بالعملية الجراحية، ولكن دون أن يمتد ذلك إلى إحداث جروح، أمّا إذا أحدث تمزيقا للجلد دون احترام الضوابط المحددة للعملية فبلا شك يشكل هذا الفعل جروحا يعاقب عليها قانون العقوبات.

ب/ جنحة إعطاء مواد ضارة: إذا قام الجاني بإعطاء مواد ضارة في شكل أقراص أو سائل، سواء تمّ ذلك عن طريق الحقن أو الفم أو وسيلة أخرى، وترتب عليه خلل في السير الطبيعي للأعضاء البشرية، يكون مرتكبا لجنحة إعطاء مواد ضارة طبقا لنص المادة 275 قانون العقوبات، مع اشتراط المشرع ألاّ يكون قصد الجاني اتجه إلى إحداث الوفاة، لأنّها قد تشكل شروعا في القتل.

ج/ **القتل الخطأ:** قد يصل الفعل الذي يأتيه الطبيب الجراح إلى إزهاق روح الشخص المانح أو المتلقي أثناء العملية الجراحية، فأمّا وإن تمّ ذلك بعد استيفاء جميع الشروط القانونية فإنّ هذا العمل يدخل ضمن ما يأذن به القانون طبقا لنص المادة 39 من ق ع، أمّا وإن حصل بعيدا عن القيود القانونية المشترطة في قانون الصحة فإنّ الطبيب يكون بذلك مرتكبا لخطأ يرتب المسؤولية الجزائية، ويكون وصف هذه المسؤولية تبعا لنيّة الطبيب وكذا ظروف ووقائع القضية، فإن قام بعملية الاستئصال واضعا نصب عينيه إمكانية النجاح فحسب، يكون بذلك قد ارتكب قتل خطأ طبقا لمادة 288 قانون العقوبات، أمّا غير ذلك فالوصف أقرب للعمد من الخطأ.

2/ الأفعال التي تحمل وصفا جنائيا: توجد صور عديدة في قانون العقوبات تحمل وصفا جنائا ومنها؛ الضرب والجرح المؤدي إلى إحداث عاهة مستديمة، جناية القتل العمد، جناية القتل دون قصد إحداثها، نوردها تباعا على النحو المبين أدناه؛

أ/ **الضرب والجرح المؤدي إلى إحداث عاهة مستديمة:** بالرجوع إلى نصّ المادة 264 الفقرة الثانية التي تشدد العقوبة كلّما تنتج عن الضرب أو الجرح فقد أو بتر أحد الأعضاء أو الحرمان من استعماله أو أية عاهة مستديمة أخرى.

إذن فكلّما قام الطبيب الجراح بإجراء عملية جراحية مخالفة لما تقرر سابقا ونتج عنها إحداث عاهة مستديمة بالشخص المانح يعد مرتكبا لجناية إحداث عاهة مستديمة، والتي يعدّ من قبيلها فقد أحد العينين للبصر، أو فقد اليد أو إحدى الكُليتين أو غيرها، فقد يحاول الطبيب الجراح نقل إحدى القرينتين من الشخص المانح فيفقد هذا الأخير عينه الأخرى، فيكون بذلك قد تسبب في فقد العينين معا؛ الأولى كانت برضا المانح، ورغم ذلك تقوم المسؤولية الجزائية؛ لكون رضا المجني عليه ليس سببا من أسباب الإباحة ولا مانعا من موانع المسؤولية في القانون العقابي الجزائري، أمّا العين الثانية فينتج عنها جناية إحداث عاهة مستديمة.

ب/ جناية القتل العمد: وإذا كان الطبيب يعلم أنّ العملية الجراحية سوف تؤدي إلى الوفاة حتما، فإنّ الطبيب الجراح يكون مسؤولا عن جريمة عمدية، ويكون الفعل مشكلا وصف جناية القتل العمدي طبقا لنص المادة 254 قانون العقوبات، والتي تنص على أنّ القتل العمد هو إزهاق روح إنسان عمدا، وهي الجريمة المتوافرة بجميع أركانها.

ج/ جناية القتل دون قصد إحداثها: أمّا إذا كان عمل الطبيب الغرض منه فقط إحداث جروح بشخص المجني عليه، أي شقّ جسمه، ودون احترام الشروط القانونية لعملية الانتزاع، وكانت النتيجة التي وقعت تعدت قصد الطبيب وأدت إلى الوفاة، كان الفعل يشكل جناية القتل دون قصد إحداثه المادة 264/40 قانون العقوبات.

3/ جرائم الاتجار بالأعضاء البشرية: لكن خلال التعديل الذي وقع في قانون العقوبات لسنة 2009[34]، أدرج المشرع بعض صور جرائم الاتجار بالأعضاء البشرية، وقد عددها على الوصف التالي؛

"كل من يحصل من شخص على عضو من أعضائه مقابل منفعة مالية أو أيّ منفعة أخرى مهما كانت طبيعتها" وتكون العقوبة في ذلك طبقا لأحكام المادة 303 مكرر 16 "من 03 إلى 10 سنوات والغرامة من 300.000.00 دج إلى 1.000.000.00 دج، ويتم تشديد العقوبة لتشكل جناية عقوبتها من 10 إلى 20 سنة إذا كانت الضحية قاصرا أو شخصا مصابا بإعاقة ذهنية، إذا ارتكبت الجريمة من طرف أكثر من شخص، أو إذا ارتكبت الجريمة من طرف جماعة إجرامية منظمة أو كانت ذات طابع عابر للحدود الوطنية وإذا سهلت وظيفة الفاعل أو مهمته ارتكاب الجريمة، وإذا ارتكبت مع حمل السلاح أو التهديد باستعماله المادة 303 مكرر 20 عن قانون العقوبات.

ويعفى من العقوبة الشخص الذي بلغ السلطات المختصة قبل تنفيذ الجريمة والشروع فيها إذا كان لهذا الأخير ضلع فيها، ويمكن أن تخفض العقوبة إلى النصف بعد تنفيذ الجريمة وقبل تحريك الدعوى العمومية المادة 303 مكرر 24 من قانون العقوبات.

كما أضاف قانون العقوبات جرائم أخرى مثل استقطاع عضو من المريض دون موافقته أو الحصول عليها على نحو تخالف لما يتطلبه المشرع، وتكون العقوبة طبقا لنص المادة 303 مكرر 17 من 05 إلى 10 سنوات مع الغرامة وتشدد العقوبة إلى جناية من 10 إلى 20 سنة إذا توافرت إحدى الظروف على الأقل الواردة في نص المادة 303 مكرر 20 التي سبق الإشارة إليها.

ويعاقب كذلك المشرع جريمة الاتجار بالأشخاص إذا كان الغرض من ذلك استغلال أعضائهم، وطبقا لنص المادة 303 مكرر 05 من قانون العقوبات تكون العقوبة من 10 إلى 20 سنة بالإضافة إلى غرامة مالية.

خاتمة

يستحق الإعجاب والتعظيم بحقّ الانجاز العلمي الهائل الذي توصل إليه في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية، بحيث ما ترك عضو إلا وتوصل العلم إلى إمكانية زرعه بفارق بسيط بين الدول.

إلاّ أنّه ما يجب ملاحظته أنّه كلّما زاد تطور الطب في هذا المجال إلا وزادت الإشكاليات التي يطرحها في ساحة القانون الذي عليه أن يواكب ما يحصل من انجازات حتى لا تفلت من زمامه أمور حماية حرمة الجسم البشري، ولعل قانون الصحة هو أول القوانين المعنية بالتعديل نظرا لقدمه، لأجل ذلك نوصي بما يلي؛

- بعدما لوحظ وأنّ النصوص التي تطرقت إلى أحكام عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية متناثرة بين قانون الصحة وقانون العقوبات، مما يشتت فكر الباحث والطبيب والقاضي، من الأحسن إصدار قانون مستقل بنقل وزرع الأعضاء البشرية، تدرج فيه كل الضوابط المتعلقة بذلك، مع تحديد قائمة بالأعضاء البشرية التي لا تقبل التنازل، وتحديد سنّ رشد الشخص المانح، ووضع النصوص الجزائية كاملة بداخله.
- كذلك من الضروري تنظيم ملتقيات وطنية ودولية، شرعية وتشريعية، تضمّ كافة الأطياف الفكرية، بغرض بحث كافة الإشكاليات

التي تثيرها عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، طرحا للبس، وحلا للخلافات المتصلة بها.

الهوامش والمراجع المعتمـــدة

(1) عطوف كبه سلام إبراهيم، الهندسة الوراثية وجهابذة الأدلجة الأكاديمية العنصرية العراقية، مقال الكتروني على موقع: www.rezgar.com

(2) الدايات سميرة عايد، عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الشرع والقانون، دون طبعة، دار الثقافة والنشر والتوزيع، عمان، 1999، ص70.

(3) عمارة مصطفى اختلاط الأنساب وضياع الإرث في مقدمة مخاوف رافضي نقل الأعضاء البشرية، مقال إلكتروني على الموقع www.irth.net.

(4) العزة مهند صلاح أحمد فتحي، الحماية الجنائية للجسم البشري في ظل الاتجاهات الطبية الحديثة، دون طبعة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2002، ص 63.

(5) القاسم يوسف نظرية الضرورة في الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الجنائي الوضعي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993، ص75، الدايات، سميرة عايد، مرجع سابق، ص 72.

(6) نصر الدين مروك، نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، الجزء الأول، الكتاب الأول، دار هومة للنشر، الجزائر، 2003، ص83.

(7) قد شهد أول تطبيق لهذه النظرية سنة 1961 في حادثة مجموعة من الأطباء قاموا بنزع كلية بنت تبلغ من العمر 14 سنة بغرض نقلها إلى أختها التوأم التي كان يتهددها خطر الموت، وقد انتهى رأي رجال القضاء إلى تبرير هذا الفعل على أساس حالة الضرورة.

(8) العزة مهند صلاح أحمد فتحي، مرجع سابق، ص64.

(9) نصر الدين مروك، مرجع سابق، ص82.

(10) العزة مهند صلاح أحمد فتحي، مرجع سابق، ص72.

(11) حسني محمود نجيب، الحق في سلامة الجسم ومدى الحماية التي يكفلها له أمين العقوبات، مجلة القانون والاقتصاد، 29، 1959، ص345 وما بعدها، الدايات سميرة عايد، مرجع سابق، ص 70.

(12) نصر الدين مروك، مرجع سابق ، ص 82.

(13) العزة مهند صلاح أحمد فتحي، مرجع سابق، ص 79.

(14) عبد الله سليمان، قانون العقوبات، قسم عام، الجزائر، دون طبعة، دار الهدى، عين مليلة، دون سنة نشر، ص 297.

(15) عفانة حسام الدين، الضوابط التي وضعها القائلون بجواز نقل الأعضاء البشرية من إنسان إلى آخر، مقال إلكتروني على الموقع www.yasaloonak.net، الزقرد، أحمد سعيد، تعويض ضحايا مرض الايدز والتهاب الكبد الوبائي بسبب نقل دم ملوث، دون طبعة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007، ص59.

(16) ذلك أن جسم الإنسان من أكثر عناصر الحياة الإنسانية تقديسا ولا يجوز أن يكون محلا لأي اتفاق إلا من أجل صيانته أو حفظه، شرف الدين أحمد، الأحكام الشرعية للأعمال الطبية،

الكويت، المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب، 1983، ص27، الدايات، سميرة عايد، مرجع سابق، ص 6، هامش 1.

(17) لقمان وحي فاروق، مدى مسؤولية الطبيب عند نقل أو زرع أعضاء، مقال الكتروني على الموقع www.alwatan.com .

(18) قانون رقم 5/85، 16 فبراير 1985، يتعلق بحماية الصحة و ترقيتها، ج ر 8، المادة 43 من مدونة أخلاقيات الطب الصادرة بالمرسوم التنفيذي رقم 276/92، 6 يوليو 1992، ج ر 52.

(19) نصر الدين مروك، المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، المجلة القضائية، العدد 2، 2000، ص 43.

(20) الدايات سميرة عايد، مرجع سابق، ص 142.

(21) الدايات سميرة عايد، مرجع سابق، ص 146.

(22) ينتقد الدكتور مروك نصر الدين غياب سن الرشد بشدة في نص المادة 163 ويعتبر أن هذا الأمر يختلط خاصة في ظل عدم اعتماد المشرع الجزائري توحيدا لسن الرشد في جميع القوانين، ويخطئ من يظن أنه بالإمكان إلى القواعد العامة لتحديد السنّ لأنّ فقهاء القانون أجمعوا على إخراج جسم الإنسان من دائرة التعاملات، المجلة القضائية العدد 2، 2000، ص 44.

(23) يطرح هذا السؤال، صويلح بوجمعة في مقال له بعنوان المسؤولية الطبية المدنية، المجلة القضائية، ص62، رغم أن المادة 2/166 من قانون الصحة أعطت له جوابا واضحا.

(24) منصور محمد حسنين، المسؤولية الطبية، دار منشأة المعارف، الإسكندرية، ص 30.

(25) الصياد إبراهيم، حقوق المريض على الطبيب، مجلة الحقوق، العدد2، 1981، ص29، الدايات سميرة عايد، مرجع سابق، ص 161.

(26) نصر الدين مروك، نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، ج01، الكتاب الأول، دون طبعة، دار هومة للنشر الجزائر، 2003، ص 250.

(27) المرجع نفسه، ص 253.

(28) ياسين محمد نعيم، بيع الأعضاء الآدمية، مجلة الحقوق الكويتية، العدد 1، 1987، ص 263.

(29) واصل نصر فريد، هل يجوز التبرع ببعض الأعضاء البشرية، مقال إلكتروني على الموقع www.alwaei.com

(30) سليمان عبد الله، قانون العقوبات، القسم الخاص، الجزائر، دون طبعة، ديوان المطبوعات الجامعية، دون سنة نشر، ص 182، العزة مهند صلاح أحمد فتحي، مرجع سابق، ص 191.

(31) محمد أمين مصطفي، الحماية الجنائية للدم، دار الجامعة الجديدة للنشر، 1999، ص 56.

(32) صالح جميل، طبيعة المسؤولية المترتبة عن الخطأ الطبي، مجلة موسوعة الفكر القانوني، مجلة شهرية غير محكمة، العدد 6، 2002، ص 76.

(33) نصر الدين مروك، نقل وزرع الأعضاء البشرية، مرجع سابق، ص 58.

(34) قانون رقم 01/09 المؤرخ في 25 فبراير 2009، ج ر 15.

طبيعة المسؤولية المترتبة عن عمليات التجميل

د.هيفاء رشيدة تكاري
جامعة البليدة (02)

¥

أصبح للعمليات التجميلية أو كما يسميها الأطباء العمليات التحسينية دور كبير في حياتنا اليوم، فكثيرون يرونها الحلّ والمنفذ الوحيد للتخلص من العيوب الي يعانون منها، وكثيرا ما تكون ذات أهمية نفسية أكثر، هذا وقد أصبحت من العمليات المعترف بها في جميع الدول، وهي تتميز عن غيرها من الجراحات بأنّ إجراءها أمر كمالي وليس ضروريا من أجل استمرار الحياة، لذلك كانت أكثر التشريعات صارمة فيما يتعلق بمسؤولية الطبيب في جراحة التجميل حين وقوع الضرر خلافا لما هو عليه في العمليات الأخرى، وفي الحقيقة لا تختلف مسؤولية طبيب التجميل الجنائية والمدنية عن مسؤولية الطبيب عموماً، فهو يتحمل مسؤولية الأضرار المترتبة عن الخطأ الذي ارتكبه، وسنتعرف في هذه المداخلة عن طبيعة المسؤولية المترتبة عن عمليات التجميل، كما يلي:

المبحث الأول: مفهوم العمليات التجميلية

المبحث الثاني: المسؤولية المدنية و الجنائية لجراح التجميل

المبحث الثالث: المسؤولية التأديبية لجراح التجميل

المبحث الأول: مفهوم العمليات التجميلية

قبل أن نتعمق في موضوع المسؤولية عن عمليات التجميل كان علينا أن نعرج أولاً على مفهوم عمليات التجميل لنتمكن من فهم المسؤولية المترتبة عنها:

المطلب الأول: تعريف العمليات التجميلية

حيث نتعرض لتعريف الجراحة والتجميل لغة واصطلاحا، وفي اصطلاح الأطباء.

الفرع الأول: تعريف الجراحة لغة واصطلاحاً

أولا- تعريف الجراحة لغة: بفتح الجيم: مصدر جرح، وبضم الجيم: الشقّ في البدن تحدثه آلة حادة.

ثانيا- تعريف الجراحة اصطلاحاً: جَرْح العضو: قطع اتصال اللحم فيه من غير تقيح، فإذا تقيّح فهو القرحة.

الفرع الثاني: تعريف التجميل لغة واصطلاحاً

أولاً- تعريف التجميل لغة: مصدر من الفعل جمل، الجيم، والميم، واللام أصلان: أحدهما: تجمع وعِظَم الخلق، والآخر حسن: وهو ضد القبح.

ثانيا- تعريف التجميل اصطلاحاً: كلّ عمل ما شأنه تحسين الشيء في مظهره الخارجي بالزيادة عليه أو الإنقاص منه.

الفرع الثالث: تعريف الجراحة التجميلية في اصطلاح الأطباء: عرّف الأطباء المختصون جراحة التجميل بأنّها: "جراحة تجري لتحسين منظر جزء من أجزاء الجسم الظاهرة، أو وظيفته إذا ما طرأ عليه نقص، أو تلف، أو تشوه."[(1)]

المطلب الثاني: أحكام عامة حول عمليات التجميل

الفرع الأول: أنواع عمليات التجميل والعمليات المشابهة لها

أولا- أنواع عمليات التجميل: ولجراحة التجميل أنواع عدة نذكر هي جراحة تحسين المظهر، جراحة الحفاظ على الشباب.

ثانيا- العمليات المشابهة لعمليات التجميل: كذلك فإنّ عمليات التجميل تختلط مع كثير من العمليات المشابهة لها، فمن أشد أنوع الجراحة المشابهة لها نذكر أولا الجراحة البلاستيكية التقويمية، والتي تعرف بأنّها ترمي لإصلاح عضو ملتو أو معوج أو إعادته للشكل الأصلي، كفصل الأصبعين الملتصقين، إصلاح شفة الأرنب، فهي جراحة بناء وإصلاح العيوب، بهذا يمكن تصنيفها في الجراحات العلاجية أكثر منها في الجراحات التجميلية، ثانيا الطب التجميلي والذي له نفس غاية العمليات التجميلية وهو تحسين وتجميل التشوه الطفيف الظاهري الذي لا صلة له بالمرض، إلاّ أنّهما يختلفان في أنّ الأول يكون بتقنيات طبية من دون حاجة للتخدير، فيكون بالحقن أو أشعة الليزر دون مشرط.

فالجراحات التجميلية هي تلك المتعلقة بتحسين وتجميل المظهر الخارجي لجسم الإنسان.

الفرع الثاني: خصوصيات عقد عمليات التجميل وطبيعته

أولاً: خصوصيات عقد عمليات التجميل

أمّا عن خصوصيات عقد عمليات التجميل فهو عقد مدني وشخصي، عقد معاوضة، عقد ملزم للجانبين، ويمكن أن يتمّ عن بعد، كما يتميز بأنّه عقد لا تقتضيه الضرورة، وبالنسبة للشكلية فالمادتين 164، 168، من قانون حماية الصحة وترقيتها اشترط الشكلية في زراعة الأعضاء وتشريح الموتى، وبالنسبة لعمليات التجميل فلم يحدد المشرع، لكنّ المشرع الأمريكي اشترط الشكلية أمّا القانون الفرنسي لسنة 2002، فإنّه لم يشترط الشكلية لكنه اشترط أن يكتب الطبيب الجراح تقريراً مفصلا ممضي من الطرفين، والذي يعتبر بمثابة عقد بينهما مادام يتضمن جميع المعلومات والتفاصيل [2].

ثانيا- طبيعة عقد عمليات التجميل: عن طبيعة عقد عمليات التجميل فهناك اختلاف بين الفقهاء فهناك من يراه من العقود المسماة وهو عقد وكالة أو عقد عمل، وهناك من يراها عقد مقاولة على رأسهم الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري، إلاّ الرأي الراجح يرى أنّه من العقود غير المسماة بمعنى أنّه عقد من نوع خاص يختلف عن بقية العقود من حيث موضوعه والأحكام الي تحكمه، وأنّه إن وجد شبه بينه وبين بعض العقود التقليدية فهذا لا يعي أنّ يفقد صفته المستقلة، وهذا ما أخذت به محكمة النقض المصرية[3]، والذين قالوا إنّه يختلف عن عقد المقاولة استندوا إلى أنّه في عقد المقاولة يمكن للطرفين التحرر منه وإيقاف التنفيذ قبل إتمامه متى تمّ إبرامه على أن يعوض الطرف المتراجع الطرف الثاني عن أي خسارة تمسه جراء هذا التراجع، إلاّ أنّه يمكن لربّ العمل أن يطلب من المقاول انجاز العمل على نفقته إذا انسحب منه، عكس عقد عمليات التجميل للمريض الاختيار بين الذهاب لطبيب جراح آخر أو أن يدفع له الطبيب الجراح تعويض عن الضرر الذي أصابه، بالتالي فهما مختلفان

وهو يعتبر عقد غير مسمى، وهذا ما ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية عدما صنفته بأنّه عقد من نوع خاص.

بعد أن تعرضنا لطبيعة عقد عمليات التجميل فإنّنا سنتعرض لطبيعة الالتزام المتولد عنه، فالراجح أنّه إذا وافق المريض على مخاطر العملية فإنّ التزام الطبيب الجراح يكون ببذل عناية مشددة فيما يتعلق بالنصح والحذر والتوعية، أمّا إذا لم يوافق المريض على المخاطر المترتبة عن العملية فالطبيب الجراح يكون أمام التزام بتحقيق نتيجة، ولضمان حقوق المريض بصفة نهائية فمن الأفضل أن يؤمن المريض على الأضرار التي تصيبه بعد العملية، ففي حالة ما وقع خطأ يكون الطبيب الجراح ومؤمنه مسئولان عن التعويض.

ومن شروط إجراء عمليات التجميل يجب أن يتوفر في الطبيب الجراح التخصص في المجال والترخيص بمزاولته، التناسب بين خطر العملية وفوائدها، استخدام العلاج المستقر عليه طبيا، إجراء العمليات الجراحية في الأماكن المرخص بها قانونا(4).

ثالثا- موقف القانون الجزائري من عمليات التجميل: مازال المشرع الجزائري ساكتاً عن عمليات التجميل ولم يخصص لها تنظيماً خاصاً بها رغم أنّ القوانين المتأثر بها قد أوجدت قوانين لتنظيمها، ومن أمثلتها نذكر القانون الفرنسي، بهذا تبقى القواعد العامة لمهنة الطب والمسؤولية هي التي تحكمها.

هذا وإنّ المشرع الجزائري بشرعية التجارب الطبية العلمية في المواد 168 من قانون حماية الصحة وترقيتها المعدل والمتمم يعد سندا لجواز عمليات التجميل.

كذلك نجد المواد 44 ، 45 ، 46، 49 ، 50 من مدونة أخلاقيات الطب تتعلق الأولى برضا المريض، والأخرى بالتزام الطبيب بمتابعة العلاج وهو ما ينطبق على الجراحين أيضا ما دام أنّهم في الأخير أطباء أيضا، والمواد من 36 إلى 41 من نفس المدونة والمادة 206 من قانون حماية الصحة ترقيتها المعدل والمتمم على التزام الطبيب بالسر المهني، والمادة 198 من

نفس القانون التي نصت على ضرورة حيازة شهادة الاختصاص وهو ما ينطبق على الطبيب الجراح في عمليات التجميل، والمادة 17 من المدونة التي نصت على ضرورة التناسب بين مخاطر العملية وفوائده وهو ما يطبق في عمليات التجميل أيضا[5] [6].

المبحث الثاني: المسؤولية المدنية والجنائية لجراح التجميل

لممارسة عمليات التجميل عدة شروط يجب توفرها، هي تتمثل في التخصص في المجال والترخيص بمزاولته تطبيقا للمادة 197 من قانون حماية الصحة وترقيتها: "تتوقف ممارسة مهنة الطبيب والصيدلي وجراح الأسنان على رخصة يسلمها الوزير المكلف بالصحة" والمادة 198 من نفس القانون التي نصت على وجوب حصول المعني على شهادة التخصص المرغوب في مزاولته، التناسب بين مخاطر العملية وفوائدها وفقا للمادة 17 من مدونة أخلاقيات الطب: "يجب أن يمتنع الطبيب أو جراح الأسنان عن تعريض المريض لخطر لا مبرر له خلال فحوصه الطبية أو علاجه"، استخدام العلاج المستقر المتفق عليه حسب للمادة 18 من مدونة أخلاقيات الطب: "لا يجوز النظر في استعمال علاج جديد للمريض إلاّ بعد إجراء دراسات بيولوجية ملائمة..." والمادة 31 من نفس القانون: "لا يجوز للطبيب أو جراح الأسنان أن يقترح على مرضاه أو المقربين إليه علاجا أو طريقة وهمية أو غير مؤكدة..."، إجراء عمليات التجميل في الأماكن المرخص بها قانونا، وبتخلف شرط من الشروط السابقة كانت جراحة التجميل غير مشروعة وترتب عنها المسؤولية الجنائية، التي ترتب في كل مرة يرتكب جراح التجميل فعل يسبب ضررا للمريض ويكون هذا الفعل مجرم قانونا، لهذا سنتناول في هذا المبحث المسؤولية المدنية لجراح التجميل ثم المسؤولية الجنائية له.

المطلب الأول: المسؤولية المدنية لجراح التجميل

الفرع الأول: طبيعة المسؤولية المدنية لجراح التجميل: لقد اختلفت النظريات فهناك من يراها أنّها التزام ببذل عناية، وآخرون التزام بتحقيق نتيجة نظرا لعدم وجود الخطورة التي تستلزم المخاطرة، وهناك من يرى أنّه التمييز بين العمل الجراحي الذي يطبق بشأنه التزام ببذل

عناية، وبين نتيجة العملية الجراحية والتي لولاها لما أقدم المريض على إجراء العملية والتي يسري بشأنها التزام بتحقيق نتيجة، وفي الجانب القضائي فقد ذهبت محكمة النقض المصرية إلى أنّ التزام جراح التجميل لا يخرج عن القواعد العامة أي التزام ببذل عناية مثله مثل باقي الجراحين، لكنها كانت متشددة نوعا ما حيث أكدت على أنّ عناية جراح التجميل يجب أن تكون أكثر شدة، حيث قضت أنّ جراح التجميل مثل غيره من الجراحين لا يضمن نجاح العملية إلاّ العناية المطلوبة منه أكثر من تلك المطلوبة في باقي الجراحات الأخرى لأنّ جراحة التجميل لا تهدف للشفاء من علة في الجسم، إنما إصلاح تشويه لا يشكل خطر على الحياة.

وفي الأخير نقول إنّ الأضرار المترتبة عن أجهزة أو أدوات معيبة أو غير دقيقة فالجراح يسأل عنها فهو ملزم بتحقيق نتيجة وهي سلامة المريض، أمّا الأضرار الناشئة عن الأعمال الطبية البحتة بما تتضمنه من خصائص علمية وفنية فالتزام الجراح يكون ببذل عناية ولا تقوم مسؤوليته إلا ثبت وجود تقصير من طرفه(7).

الفرع الثاني: أركان المسؤولية المدنية لجراح التجميل: يجب لقيام مسؤولية جراح عمليات التجميل توفر أركانها المتمثلة في الخطأ، الضرر، العلاقة السببية بين الخطأ والضرر المترتب عن ارتكاب هذا الخطأ، وذلك كالآتي:

أولا- الخطأ: وفقا للمادة 239 من قانون حماية الصحة وترقيتها، المعدل والمتمم بالقانون 17/90، فإنّه يتابع طبقا للمادين 288، 289 من قانون العقوبات كل طبيب أو جراح أسنان أو صيدلي، أو مساعد طبي على كل تقصير أو خطأ مهني يرتكبه خلال ممارسة مهامه أو بمناسبة القيام بها ويلحق ضررا بالسلامة البدنية لأحد الأشخاص أو بصحته...

كما جاءت المادة 211 من مدونة أخلاقيات الطب: "يمكن إحالة أي طبيب أو جراح أسنان أو صيدلي أمام الفرع النظامي الجهوي المختص، عند ارتكابه أخطاء خلال ممارسة مهامه..."

مما يتضح من المواد السابقة أنّ أي خطأ يرتكبه الطبيب أو جراح التجميل يسأل عنه وهي لم تحدد نوع الخطأ فنيا أو غير فني، ولم تبين

أيضا درجة جسامته، إلاّ أنّ هذا الخطأ يجب أن يكون واضحا ويتمّ إثباته بشكل لا يسبب أي جدل أو شك، فيجب أن يكون إخلالا بواجب معترف به في مجال الطب[8].

الخطأ الطبي هو "كل مخالفة أو خروج من الطبيب في سلوكه على القواعد والأصول الطبية التي يقتضيها العلم أو المتعارف عليها نظريا وعمليا وقت تنفيذه للعمل الطبي أو إخلاله بواجبات الحيطة واليقظة التي يفرضها القانون، متى ترتب عن أفعاله نتائج جسيمة في حين كان في قدرته وواجبا عليه أن يتخذ في تصرفه اليقظة والتبصر حتى لا يضر بالمريض".

من خلال التعريف السابق فإنّ الخطأ الطبي يشمل التعريف الخطأ المهني والخطأ العادي للطبيب[9].

وعن صور الخطأ الطبي في الجراحة التجميلية صنفناها في صنفين أساسيين الأول، الإخلال بالالتزامات الطبية الأخلاقية، قسمناها في نقطتين، الأولى إخلال الجراح بالتزام الإعلام الذي نصّ عليه في كل من المادة 154 من قانون حماية الصحة وترقيتها: "تقديم العلاج الطبي بموافقة المريض أو من يخولهم القانون إعطاء موافقتهم...وعلى الطبيب أن يخبر المريض أو الشخص الذي يخول بإعطاء الموافقة بعواقب..."، وكذلك المادة 43 من مدونة أخلاقيات الطب: "يجب على الطبيب أو جراح الأسنان أن يجتهد لإفادة مريضه بمعلومات واضحة وصادقة بشأن أسباب كل عمل طبي"، والتزام الإعلان متعلق بوجوب إعلان المريض بكل المخاطر والآثار وتكاليف التدخل الجراحي، ويجب أن يكون هذا الإعلان واضحا سهلا وصادقا إضافة لتقديم تقرير مفصل عن العملية، والثانية الإخلال بحصول جراح التجميل على رضا المريض والذي يكون بإرادة حرة ومستنيرة، أمّا شكله ففي الأصل ليس للرضا شكل لكن هنا تجنبا لأيّ لبس فمن الفضل أن يكون كتابة، والصنف الثاني متمثل في الإخلال بالالتزامات الفنية قسمناها إلى نقاط، الإهمال وعدم الحيطة، عدم التحكم في التقنية، عدم الاستعانة بمخدر اختصاصي، الخطأ في اختيار وسيلة

التدخل الجراحي، وهناك التزامات أخرى تتمثل في التزامه بنصح المريض حسب المادة 17 من مدونة أخلاقيات الطب: "يجب أن يمتنع الطبيب أو جراح الأسنان عن تعريض المريض لخطر لا مبرر له خلال فحوصه الطبية أو علاجه"، التزام بمتابعة علاج المريض وفقا للمادة 50 من مدونة أخلاقيات الطب: "يمكن للطبيب أو جراح الأسنان أن يتحرر من مهمته بشرط أن يضمن مواصلة العلاج للمريض"[10].

ثانيا-الضرر: لا يكفي لقيام مسؤولية جراح عملية التجميل ارتكاب الخطأ أثناء قيامه بعمله بل يجب أن يترتب عليه ضرر، وهو نفس ما تنص عليه القواعد العامة فالضرر هو كل أذى يقع على أحد الأشخاص في جسمه أو ماله[11].

الضرر هو "حالة نتجت عن فعل طبي مست بالأذى المريض، وقد يستتبع ذلك نقص في حالة المريض أو في معنوياته أو عواطفه"، والضرر هنا لا يختلف عن القواعد العامة".

وليتحقق توفر عنصر الضرر يجب أن يكون شخصيا، مباشرا، محققا، يمس مصلحة مشروعة[12].

فيكون ضررا ماديا أو يصيب شعور الشخص أو عاطفته أو كرامته أو شرفه فيكون ضررا معنويا، مما سبق نفهم أنّه مهما بلغت درجة جسامة الخطأ فهي لا ترتب مسؤولية المريض طالما لم يرتب ضررا عن وقوعه سواء في الحال أو في المستقبل إذا كان محقق الوقوع[13].

ثالثا- علاقة السببية: نقصد بالعلاقة السببية وجوب وجود علاقة مباشرة بين الخطأ الذي ارتكبه الشخص مرتكب الخطأ وبين الضرر الذي ألم بالمتضرر، وبهذا لا يكون مرتكب الخطأ مسئولا عما ارتكبه من أعمال إذا ثبت أنّ الضرر قد نشأ عن سبب أجني لا يد له فيه، وذلك لانتفاء علاقة السببية بين الخطأ الذي وقع منه وبين الضرر الذي أصاب المتضرر[14]، وهذا استجابة للمادة 127 من القانون المدني: "إذا أثبت الشخص أنّ الضرر قد نشأ عن سبب لا يد له فيه كحادث مفاجئ أو

قوة قاهرة أو خطأ صدر من المتضرر أو خطأ من الغير، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر ما لم يوجد نص قانوني أو اتفاق يخالف ذلك".

بهذا فالعلاقة السببية هي الرابطة المباشرة بين الخطأ الطبي المرتكب من طرف الطبيب وبين الضرر الذي أصاب المريض، ولا يمكن للطبيب أن يتنصل من المسؤولية إلاّ إذا أثبت تدخل السبب الأجنبي لحدوث الضرر، وهو كلّ حادث لا ينسب للطبيب يجعل وقوع الفعل مستحيلا وقد نصت عليه المادة 127 من القانون المدني مثلما في المسؤولية المدنية(15).

وإنّ كان تحديد العلاقة السببية صعب في المجال الطبي نظرا لخصوصية جسم الإنسان، وعدم الإلمام بجميع الأسباب المؤدية لحدوث مضاعفات فقد تكون لأسباب ظاهرة أو غير ظاهرة مما يصعب معرفتها، لكن هذا لا يعني أنّه يعفي الطبيب من مسؤوليته فهو ملزم بالكشف عن حالة المريض قبل إجراء العملية التجميلية(16)، فلا يعفى الجراح إلاّ إذا أثبت بأنّ الضرر الناتج كان غير متوقع أو احتمال حدوثه ضعيف، أو قوة قاهرة وحادث مفاجئ، خطأ المتضرر أو الغير(17).

المطلب الثاني: المسؤولية الجزائية لجراح التجميل

المسؤولية الجزائية المترتبة عن عمليات التجميل مثلها مثل المسؤولية المدنية تقوم على ثلاثة أركان الخطأ، الضرر، العلاقة السببية، والضرر يشتمل ثلاثة أنواع فمنه المادي والمالي والمعنوي، وهذا وفقا للفقرة 04 من المادة 03 من قانون الإجراءات الجزائية التي تحدثت عن قبول دعوى المسؤولية عن أي ضرر مادي، جثماني وأدبي، مادامت ناجمة عن الوقائع موضوع الدعوى الجزائية، كذلك قضت المحكمة العليا بالتعويض عن الضرر المعنوي وفقا للسلطة التقديرية للقاضي بالرجوع للضرر الذي أصاب المتضرر، مع الإشارة أنّ مسؤولية الطبيب قد تقوم دون مسؤوليته الجزائية إذا أثبت أنّه قام بكل ما في إمكانه لشفاء المريض لكن لم يتمّ ذلك، بمعنى أنّ الطبيب لم يرتكب خطأ يستوجب مسؤوليته(18).

الفرع الأول: التمييز بين المسؤولية الجزائية والمسؤولية المدنية

أولا- من ناحية الأساس: أساس المسؤولية المدنية مجرد وقوع ضرر يمس المتضرر تقوم، بينما في المسؤولية الجزائية هي الفعل الضار الذي يمس المجتمع.

ثانيا- من حيث النطاق: المسؤولية المدنية تقوم بقيام فعل غير شرعي سواء إخلال بالتزام تعاقدي، أو خطأ تقصيري، أمّا في المسؤولية الجزائية تحدد بنص في القانون ومبدأ الشرعية استنادا لنص المادة 01 من قانون العقوبات لا جريمة ولا عقوبة ولا تدبير أمن إلا بقانون.

ثالثا- من ناحية المطالبة بالجزاء: يتم المطالبة بالجزاء في حالة قيام المسؤولية المدنية من طرف المتضرر بينما جزائيا من طرف النيابة العامة ممثلة في السيد وكيل الجمهورية.

رابعا- من ناحية الجزاء: يكون الجزاء المترتب عن المسؤولية المدنية هو التعويض، بينما في المسؤولية الجزائية فيتمثل في العقوبة، الغرامة، التدابير الأمنية، وفقا للمادة 04 من قانون الإجراءات الجزائية فإنّه إذا رفعت دعوى المسؤولية المدنية المترتبة عن دعوى جزائية أمام المحكمة المدنية ثم رفعت الدعوى الجزائية أمام محكمة الجزائية فإنّ الأولى تتوقف لحين الفصل في الثانية.

خامسا- من ناحية التنازل المسؤولية: يجوز للمتضرر التنازل أو الصلح في الدعوى المدنية بينما في المسؤولية الجزائية لا يجوز له ذلك لأنّه متعلق بحق المجتمع.

سادسا- من ناحية الحجية: إنّ القاضي المدني ملزم بالتقيد بما وصل إليه القاضي الجزائي من حيث الوقائع وليس من حيث التكييف القانوني مثلا الحكم بعدم ارتكاب الطبيب أي خطأ أدى لوقوع جريمة القتل فلا يجوز للقاضي المدني مخالفته، بينما إذا قضى القاضي الجزائي بأنّ خطأ الطبيب لا يعدّ فعلا يعاقب عليه القانون فليس للحكم الصادر عن القاضي الجزائي حجية على القاضي المدني كذلك لو انقضت الدعوى العمومية، دون أن ننسى أنّ للقاضي المدني الأخذ بالخطأ المفترض(18).

الفرع الثاني: الجرائم الطبية: إنّ معيار التفرقة بين الجرائم الطبية الذي اخترناه هو توفر القصد الجنائي، وذلك كالآتي:

أولا- الجرائم التي تقوم على الخطأ الطبي غير المتعمد: وفقا للمادة 239 من قانون حماية الصحة فإنّه "يتابع طبقا لأحكام المادتين 288، 289 من قانون العقوبات أي طبيب أو جراح أسنان أو صيدلي أو مساعد طبي على كل تقصير أو خطأ مهني يرتكبه خلال ممارسة مهامه أو بمناسبة القيام بها ويلحق ضررا بالسلامة البدنية لأحد الأشخاص أو بصحته، أو يحدث له عجزا مستديما أو يعرض حياته للخطر، أو يتسبب في وفاته".

وفقا للنص السابق فإنّ الطبيب الذي قام بخطأ مهني سبب به ضررا للمريض تقوم مسؤوليته الجزائية حتى لو لم يتعمد ذلك، وتصنف هذه الجرائم في عدة أصناف هي:

1- الامتناع عن تقديم العلاج والمساعدة: نصت على هذا الالتزام المادة 09 من مدونة أخلاقيات الطب: "يجب على الطبيب أو جراح الأسنان أن يسعف مريضا يواجه خطرا وشيكا، أو أن يتأكد من تقديم العلاج الضروري له"، إلاّ أنّ المادة 42 من مدونة أخلاقيات الطب نصت أنّ مسؤولية الطبيب تقع إذا رفض المريض العلاج، على أن يتمّ كتابة وفقا للمادة 49.

2- تخلف رضا المريض: تنص المادة 42 من مدونة أخلاقيات الطب: "للمريض حرية اختيار طبيبه، أو جراح أسنانه، أو مغادرته وينبغي للطبيب احترام حق هذا المريض، وأن يفرض احترامه، وتمثل حرية الاختيار هذا مبدأ أساسيا تقوم عليه العلاقة بين جراح الأسنان والمريض، ويمكن للطبيب وجراح الأسنان مع مراعاة المادة 09 أعلاه أن يرفض لأسباب شخصية تقديم العلاج"، وتنص المادة 44 من مدونة أخلاقيات الطب: يخضع كلّ عمل طبي يكون فيه خطر جدي على المريض لموافقة المريض موافقة حرة ومتبصرة أو لموافقة الأشخاص المخولين منه أو من القانون، وعلى الطبيب أو جراح الأسنان أن يقدم العلاج الضروري إذا كان المريض في خطر أو غير قادر على الإدلاء بموافقته".

من المادتين السابقتين فإنّ رضا المريض شرط أساسي ليقوم الطبيب بعمله حتى لو لم يرتكب أي خطأ أثناء عمله، إلاّ أنّ لهذا الشرط استثناءات وهي أن يكون المريض غير قادر على تقديم موافقته وحالته خطيرة.

إلاّ أنّه في عمليات التجميل لا يتصور أن لا يستطيع المريض تقديم موافقته لأن عمليات التجميل لا يتصور أن تتم والمريض في حالة خطرة، وبهذا يفترض ضرورة موافقة المريض دائما في عمليات التجميل، وإلاّ عدّ الطبيب قد ارتكب خطأ يتحمل الأضرار المترتبة عنه للمريض.

3- الخطأ في التشخيص: إنّ معيار الحكم بوجود خطأ في التشخيص هو معيار الطبيب العادي[20].

ثانيا- الجرائم التي تقوم على الخطأ المتعمد: نلخصها في:

1- ممارسة المهنة دون رخصة: تعدّ الرخصة شرطاً أساسياً للممارسة الطبيب لمهنته، حيث تنص المادة 197 من قانون حماية الصحة وترقيتها: "تتوقف ممارسة مهنة الطبيب والصيدلي وطبيب الأسنان على رخصة يسلمها الوزير المكلف بالصحة..."، وتنص المادة 198 من قانون حماية الصحة وترقيتها: "لا يجوز لأحد أن يمارس مهنة طبيب اختصاصي أو جراح أسنان اختصاصي أو صيدلاني اختصاصي، إذا لم يكن حائزاً على شهادة في الاختصاص الطبي أو شهادة أجنبية معترف بمعادلتها، زيادة على الشروط المنصوص عليها في المادة 197 أعلاه"، وتنص المادة 204 من مدونة أخلاقيات الطب: "لا يجوز لأي أحد غير مسجل في قائمة الاعتماد أن يمارس في الجزائر مهنة طبيب أو جراح أسنان أو صيدلي تحت طائلة التعرض للعقوبات المنصوص عليها في القانون"، وتنص المادة 205 من مدونة أخلاقيات الطب: "التسجيل في قائمة الاعتماد يتيح للطبيب ممارسة الطب في كامل التراب الوطني...".

هذا؛ وجعلت المادة 214 من قانون حماية الصحة وترقيتها مخالفة أي من المواد المذكورة يجعل الطبيب يمارس عمله بصفة غير شرعية وقد أحالت المادة 234 المعدلة من قانون حماية الصحة وترقيتها إلى المادة 243

من قانون العقوبات في حالة مخالفة المواد 197 من قانون حماية الصحة وترقيتها، و205 من مدونة أخلاقيات الطب، هذه المادة متعلقة بانتحال الوظائف والألقاب أو الأسماء أو إساءة استعمالها، حيث تكون العقوبة من ثلاثة أشهر إلى سنتين، والغرامة من 20000دج إلى 100000دج، بإحدى هاتين العقوبتين كل من استعمل لقبا متصلا بمهنة منظمة قانونا، أو شهادة رسمية، أو صفة حددت السلطة العمومية شروط منحها، أو ادعى لنفسه شيئا من ذلك بغير أن يستوفي الشروط المفروضة لعملها، أما المادة 204 فلم توجد إشارة إحالة لأي مادة ترتب عقوبة عن مخالفتها في المدونة عدا الجهات التأديبية المختصة.

2- جريمة إفشاء السر المهني: السر الطبي هو كل ما يعرفه الطبيب أثناء أو بمناسبة ممارسة مهنته أو بسببها وكان في إفشائه ضرر لشخص أو لعائلته إما لطبيعة الوقائع أو الظروف التي أحاطت بالموضوع، وقد خصّ قانون حماية الصحة ترقيتها السر المهني بمجموعة من المواد في تعديل سنة 2006 من المادة 206 مكرر01 إلى 206 مكرر 05، وقد تمّ التأكيد على هذا الشرط في عمليات التجميل أكثر(21).

وأحالت المادة 235 من قانون حماية الصحة وترقيتها للمادة 301 من قانون العقوبات، ونصها على ما يلي: "يعاقب بالحبس من شهر إلى 06 أشهر، وبغرامة من 500 إلى 5.000دج، الأطباء والجراحون...على أسرار أدلي بها إليهم وأفشوها في غير الحالات التي يوجب عليهم فيها القانون إفشائها، ويصرح لهم بذلك".

إلاّ أنّ هناك مجموعة من الاستثناءات في المواد السابقة الذكر، وهي:

- الترخيص القانوني.
- الامتثال لأمر قضائي بالتفتيش.
- الإبلاغ عن سوء معاملة الأطفال القصر والأشخاص المحرومين من الحرية.
- بطلب من القضاء أو في إطار خبرة قضائية.
- رضا المريض.
- الإبلاغ عن مرض معدّ(22).

- التبليغ عن الجرائم، حيث من واجب الطبيب تبليغ السلطات العامة عن جرائم الإجهاض، وهذا ما نصت عليه المادة 2/301 من قانون العقوبات، كذلك تناولت مدونة أخلاقيات الطب السر المهني في المواد 36 إلى 41.

المادة 36: على الطبيب الاحتفاظ بالسر المهني المقرر لصالح المريض.

المادة37: يشمل السر المهني كل ما يراه الطبيب أو جراح الأسنان ويسمعه ويفهمه أو كل ما يؤتمن عليه خلال أدائه لمهنته.

المادة 39: على ضرورة الحفاظ على سرية البطاقات السريرية و وثائق المرضى الموجودة بحوزة الطبيب.

المادة 40: جاء فيها على الطبيب عند استعمال ملفات الطبية لإعداد نشرات علمية عدم الكشف عن هوية المرضى.

المادة 41: يتمع المريض بحق الحفاظ على السر المهني حتى بعد وفاته إلاّ إذا كان لغرض إحقاق الحقوق.

المبحث الثالث: المسؤولية التأديبية لجراح التجميل

أخلاقيات الطب هي مجموعة المبادئ والقواعد والأعراف التي يتعين على كل طبيب أو جراح أو يراعيها، وأن يتسلم بها في ممارسة مهنته، أمّا المسؤولية التأديبية تتمثل في حق نقابة الأطباء في النظر في أمر الأطباء بما فيهم الجراحين، عن الأخطاء التي تصدر منهم، وتوقيع الجزاءات التي تضمنها قانون أخلاقيات المهنة، أي الجزاءات التأديبية، تأتي نتيجة مخالفة قواعد أحكام أخلاقيات مهنة الطب[23].

المطلب الأول: مفهوم الخطأ التأديبي وأركان الجريمة التأديبية

حيث نتعرض لمفهوم الخطأ التأديبي ثمّ لأركان الجريمة التأديبية:

الفرع الأول: مفهوم الخطأ التأديبي: هنا نتعرض لمعنى الخطأ التأديبي وصوره.

أولا- معنى الخطأ التأديبي: نصت المادة 1/267 من قانون حماية الصحة وترقيتها: "كل تقصير في الواجبات المحددة في هذا القانون وعدم الامتثال لآداب المهنة يعرض صاحبه لعقوبات تأديبية"، ونكون أمام الخطأ التأديبي لما تحدث مخالفة أو مجرد تقصير في أحكام قاعدة قانونية حتى لو يترتب عن هذه المخالفة ضرر للمريض[24].

ثانيا- صور الخطأ الطبي: هناك عدة صور للأخطاء الطبية نذكر منها ما يلي:

- مخالفة التزامات الطبيب.
- مخالفة قواعد النظافة والوقاية العامة.
- الخطأ في العلاج أو نقص المتابعة
- الجهل بأمور فنية يفترض فيمن كان في مثل تخصصه العلم بها.
- إجراء العمليات الجراحية التجريبية وغير المسبوقة على الإنسان بالمخالفة للقواعد المنظمة لذلك.
- إجراء التجارب أو البحوث غير المعتمدة على المريض.
- إعطاء دواء للمريض على سبيل الاختيار.
- استعمال آلات أو أجهزة طبية دون علم كاف بطريقة استعمالها، أو دون اتخاذ الاحتياطات الكفيلة بمنع حدوث ضرر من جراء هذا الاستعمال.
- التقصير في الرقابة والإشراف.
- عدم استشارة من تستدعي حالة المريض الاستعانة به(25).

الفرع الثاني: أركان الجريمة التأديبية: من خلال هذا التعريف يمكن استنتاج أركان الجريمة التأديبية، وهي:

أولا- الركن المادي: ويتمثل الركن المادي في الفعل الإيجابي أو السلبي الذي يتخذه الموظف مخالفا بذلك الواجبات الملقاة على عاتقه، في نطاق المهنة المكلف بها.

ثانيا- الركن المعنوي: يتمثل الركن المعنوي في اتجاه الإرادة إلى ارتكاب فعل أو الامتناع عنه، فإذا تعمد الطبيب عن فعله، كان الركن المعنوي هو القصد، وإذا انصرفت الإرادة للنشاط دون النتيجة، كان الركن المعنوي هو الخطأ الغير العمدي، وإذا تخلف الركن المعنوي فلا جريمة، ولا يسأل الموظف، إذا كان الفعل غير اختياري كما في حالة الضرورة، الإكراه، القوة القاهرة، الحادث الفجائي.

المطلب الثاني: أجهزة التأديب وصلاحياتها التأديبية: إنّ القانون الجزائري في مجال قانون أخلاقيات المهنة الطبية، أنشأ عدة أجهزة منها ما يتولى

توقيع الجزاء التأديبي، ومنها ما يسهر على مدى شرعية تلك هذه العقوبات، نتولى دراسة هذه الأجهزة كالآتي:

الفرع الأول: المجلس الجهوي لأخلاقيات الطب: وهو أول جهة مختصة بتأديب الطبيب المخالف للالتزامات المهنية، على أن يكون مسجلاً في جدول الأطباء.

أولا- أجهزته: وفقا للمادة 167 من قانون أخلاقيات المهنة الطبية يضمّ المجلس الجهوي الأجهزة التالية:

1- الجمعية العامة: تتكون من أعضاء الفروع النظامية الجهوية المتألفة منهم.

2- المكتب الجهوي: يتكون من رؤساء كل فرع نظامي جهوي، وعضو منتخب منه.

هذا؛ وعدد المجالس الجهوية في الجزائر هو 12 مجلسا جهويا، تقع مقراتهم في: الجزائر، وهران، قسنطينة، عنابة، البليدة، تيزي وزو، تلمسان، باتنة، سطيف، شلف، غرداية، بشار.

ويشتمل المجلس الجهوي فروع تسمى "الفروع النظامية" للولايات، فمثلا المجلس الجهوي لتيزي وزو يشتمل أربع "04" فروع نظامية، وهي الفرع النظامي لتيزي وزو وبجاية والبويرة وبومرداس، حيث تعمل الفروع النظامية المحلية على إلزام الأطباء باحترام قواعد الأخلاقيات والأحكام القانونية والتنظيمية لمهنة الطب، وتقوم بالدفاع عن شرف مهنة الطب وكرامتها واستقلالها.

ثانيا- صلاحياته التأديبية: أمّا فيما يخص بالعقوبات التأديبية الممكن تسليطها فهي: الإنذار بنوعيه الكتابي والشفوي، التوبيخ، المنع المؤقت من ممارسة المهنة (لا تتجاوز مدة 03 سنوات)، المنع المؤبد من ممارسة المهنة (الشطب من جدول الأطباء)، مع الإشارة أنّ المجلس الجهوي لأخلاقيات المهنة يعدّ سلطة تأديبية من الدرجة الأولى، وبهذا يكون المجلس الوطني لأخلاقيات مهنة الطب من الدرجة الثانية، وترفع الشكوى حسب قانون 05/85 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، المعدل والمتمم، من طرف المريض

المتضرر أو وليه أو ذوي حقوقه إمّا مباشرة أمام المجلس الجهوي، أو أمام الفرع النظامي الجهوي، الذي يحيلها بقرار مسبب للمجلس الجهوي، كما أنّه يمكن لكل من السلطات القضائية المجلس الوطني لأخلاقيات الطب أو وزير الكلف بالصحة العمومية، جمعيات الأطباء وجراحي الأسنان والصيادلة المؤسسة قانونا، كلّ عضو في السلك الطبي المرخص له بالممارسة أمام هيئة التأديب للمجلس الجهوي ضد طبيب.

أما عن الطبيب العامل في القطاع العام، فيقدم الشكوى إمّا أمام وكيل الجمهورية أو مديرية الصحة العامة، أو وزارة الصحة حيث تحال على المجلس الجهوي.

الفرع الثاني: المجلس الوطني لأخلاقيات الطب: وفقا للمادة 163 من قانون أخلاقيات مهنة الطب يقع مقر المجلس الوطني لأخلاقيات مهنة الطب في الجزائر العاصمة، وهو أعلى هيئة لتأديب الأطباء، وهو يتكون حسب المادة 2/267 من ثلاثة فروع، فرع الأطباء، فرع جراحي الأسنان، فرع الصيادلة، يضم كل فرع اللجان الآتية:

- اللجنة الأخلاقية اللجنة التأديبية
- لجنة ممارسة المهنة والكفاءات
- لجنة الشؤون الاجتماعية والكفاءات
- لجنة الديموغرافيا الطبية والإحصاءات.

أولا-أجهزته: حسب المادة 164 من قانون أخلاقيات مهنة الطب يضم المجلس الوطني:

الجمعية العامة: تتألف الجمعية العامة من جميع أعضاء الفروع النظامية للأطباء وجراحي الأسنان والصيادلة.

المجلس الوطني: يتألف من أعضاء مكاتب الفروع النظامية الوطنية للأطباء وجراحي الأسنان والصيادلة.

المكتب الوطني: يتألف من رؤساء كل الفروع النظامية، ومن عضو منتخب عن كل فرع.

يتداول على رئاسة المجلس الوطني بالتناوب، ولمدة متساوية رؤساء الفروع النظامية الوطنية الثلاث.

ثانيا- صلاحياته التأديبية: يعود الطعن في قرار الهيئة التأديبية للمجلس الجهوي لكل من المريض المتضرر، الوالي، وزارة الصحة العمومية، مدير الصحة العمومية، وكيل الجمهوية، كتابة الأطباء، وفقا للمادة 4/166 من قانون أخلاقيات المهنة الطبية، فهو عبارة عن "هيئة استئناف"، مع الإشارة أنّ الطعن أمام هيئة التأديب للمجلس الوطني يوقف تنفيذ قرار المجلس الجهوي، أي أنّها قرارات مؤقتة، وعلى المجلس الوطني أن يفصل في الطعن خلال شهرين من تاريخ تبليغه به بموجب قرار قابل للتنفيذ.

والطعن في قرار الهيئة التأديبية للمجلس الجهوي حق لكلّ من: المريض المتضرور، الوالي، وزارة الصحة العمومية، مدير الصحة العمومية، وكيل الجمهوية، كتابة الأطباء.

الفرع الثالث: مجلس الدولة: يعدّ مجلس الدولة قمة الهرم التنظيم القضائي الإداري الجزائري، له وظيفة مزدوجة، قضائية تقوم أعمال الجهات القضائية الإدارية وتوحيد الاجتهاد القضائي الإداري، والثانية استشارية يتمثل في إبداء رأيه في مشاريع القوانين التي تعرض عليه من قبل الأمانة العامة للحكومة.

يختص مجلس الدولة كقاضي أول وآخر درجة، أي بصفة ابتدائية ونهائية في القرارات الصادرة عن المنظمات المهنية الوطنية خاصة منها المتعلقة بالمجال التأديبي، واللجوء إلى مجلس الدولة من أجل الطعن في القرار الصادر عن المجلس الوطني لأخلاقيات المهنة يكون في ظرف شهرين من تاريخ تبليغ القرار، ومجلس الدولة ليس مقيد بمدة زمنية لإصدار قراره.

الفرع الرابع: الجهة المستخدمة: نصت المادة 221 من مدونة أخلاقيات الطب: "لا تشكل ممارسة العمل التأديبي عائقا بالنسبة:

- للدعاوى القضائية المدنية والجنائية.
- للعمل التأديبي الذي تقوم به الهيئة أو المؤسسة التي قد ينتمي إليها المتهم".

نفهم مما سبق أنّ زيادة عن المجلس الجهوي والوطني لأخلاقيات الطب فيجوز للهيئة المستخدمة أن تمارس صلاحية السلطة التأديبية ضد الطبيب الذي ارتكب المخالفة وفقا لقانون الوظيف العمومي إذا كان موظفاً دائماً في مشفى عام، ووفقا لقانون العمل إذا كان الطبيب يمارس عمله في مستشفى عام أو خاص يعمل بموجب عقد، والقاعدة العامة أنّه لا يمكننا الجمع بين عقوبات من طبيعة واحدة نفس الخطأ[26] [27].

خاتمة

كخاتمة نقول إنّ مسؤولية الجراح في العمليات التجميلية عادة هي مسؤولية مسؤولية عقدية، أمّا إذا تجاوز الطبيب أحكام العقد قد تنتقل مسؤوليته إلى مسؤولية تقصيرية بحسب كل حالة تعرض على القضاء ومجلس نقابة الأطباء وقد تكون مسؤولية الجراح مسؤولية جزائية إذا قام بجرم قبل وأثناء وبعد العملية الجراحية، ولعل أهمية هذا الموضوع تبرز للأسباب الآتية:

- الحفاظ على جسد الإنسان وحياته ونفسه.
- حضّ الطبيب على الحفاظ على مريضه باتباع الأصول العلمية والفنية لمهنة الطب.
- لأنّ خطأ الطبيب لا يدركه أغلب الناس.
- عدم وجود قانون جامع يحدد الأخطاء المهنية والفنية لممارسة مهنة الطب أثناء المعالجة والعمليات الجراحية التجميلية، وإنّما هناك نصوص مشتتة في نواحي مختلفة من قوانين عدة، لذلك نطلب من ذوي الاختصاص تحديد الأخطاء المهنية لكل عمل جراحي بعد أن تطورت العلوم الطبية.

الهوامش والمراجع المعتمـــدة

(1) http://forum.stop55.com/327983.html

(2) بومدين سامية، الجراحة التجميلية والمسؤولية المدنية المترتبة عنها، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون المسؤولية المهنية، مدرسة الدكتوراه للقانون الأساسي والعلوم السياسية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2011/02/28، ص 16 وما بعدها.

(3) عبد السلام التونجي، المسؤولية المدنية للطبيب في الشريعة الإسلامية والقانون السوري والمصري والفرنسي، دار المعارف لبنان، ط01، 1967، ص253.
(4) بومدين سامية، المرجع السابق، ص67 وما بعدها.
(5) قانون 85-05، المؤرخ 1985/02/16، المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، الصادر في الجريدة الرسمية المؤرخة 1985/02/17، ع8، المعدل والمتمم بالقانون 90-17، المؤرخ 1990/07/31، الصادر بالجريدة الرسمية المؤرخة في 1990/08/15، ع35، بالأمر 06-07 المؤرخ 2006/07/15، الصادر في الجريدة الرسمية المؤرخة 2006/07/19، العدد47.
(6) المرسوم التنفيذي 92-276، المتضمن مدونة أخلاقيات الطب، المؤرخ 6 جويلية 1992، الصادر في الجريدة الرسمية المؤرخة 8 جويلية 1992، العدد 52.
(7) وفاء شيعاوي، المسؤولية المدنية للطبيب في الجراحة التجميلية، الملتقى الوطني حول المسؤولية الطبية، يومي 23 و2008/01/24، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، ص 9، 10.
(8) وفاء شيعاوي، نفس المرجع، ص14.
(9) أسامة عبد الله قايد، المسؤولية الجنائية للأطباء، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، مصر، 1990، ص224.
(10) بومدين سامية، المرجع السابق، ص208.
(11) خليل أحمد حسن قدادة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ج01، مصادر الالتزام، طبعة 1994، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ص 248 وما بعدها.
(12) مناصر عمر المعايطة، المسؤولية المدنية والجنائية في الأخطاء الطبية، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، المملكة العربية السعودية، 2004، ص 55.
(13) بومدين سامية، المرجع السابق، ص 208
(14) خليل أحمد حسن قدادة، نفس المرجع، ص 251.
(15) محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2001، ص 170– 171.
(16) طاهري حسين، الخطأ الطبي والخطأ العلاجي في المستشفيات العامة، دار هومة، الجزائر، 2004، ص 49.
(17) خليل أحمد حسن قدادة، المرجع السابق، ص 252، وما بعدها.
(18) مناصر عمر المعايطة، المرجع السابق، ص55.
(19) محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 12، 13.
(20) يوسف جمعة يوسف الحداد، المسؤولية الجنائية عن أخطاء الأطباء في القانون الجنائي لدولة الإمارات العربية المتحدة، ط01، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان 2003، ص 104.
(21)Daniel Rouge, Louis Arbus, Michel Costagliola, responsabilité médical de la chirurgie a l'esthétique, Arnette, Paris, 1992, p102 ،
(22) محمد القبلاوي، المسؤولية الجنائية للطبيب، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2005، ص66.
(23) عبد الحميد الشواربي، مسؤولية الأطباء والصيادلة والمستشفيات المدنية، الجنائية والتأديبية، المرجع السابق، ص170.

(24) بوضياف أحمد، الجريمة التأديبية للموظف العام في الجزائر، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986، ص من 13 إلى 15.

(25) حابت نوال، المساءلة التأديبية للطبيب وفقا لمودنة أخلاقيات الطب الجزائرية، مقال مقدم في إطار الملتقى الوطني الأول بعنوان المسؤولية الطبية يومي 23- 24 جانفي 2008، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، ص7.

(26) قانون 85-05، المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، السالف الذكر.

(27) المرسوم التنفيذي 92-276، المتضمن مدونة أخلاقيات الطب، السالف الذكر.

المسؤولية الدّولية عن الإخلال بالتزام الرّعاية الطبّية للمرضى والجرحى في النّزاعات المسلّحة

د.عبد الحق مرسلي
المركز الجامعي لتامنغست

¥

قد تكتسي المسؤولية المترتبة عن المساس بحق الرعاية الصحية طابعاً دولياً إذا انتهكت أشخاص القانون الدولي عموماً أو الدولة خصوصاً التزاماً دولياً يفرض عليها بموجب مختلف مصادر القانون الدولي ذات الأصل الاتفاقي أو العرفي، الاحترام الفعلي لحق الانسان في الصحة، ولعلّ أهمّ ميدان تثار فيه مسؤولية الدولة في المجال الطبي في مواجهة بقية أشخاص القانون الدولي هو النزاعات المسلحة أو كما كان يسميها القانون الدولي التقليدي بالحروب، بحيث تلتزم الدول المتحاربة بتقديم الرعاية الصحية ليس فقط لجنودها وقواتها المسلحة، وإنما حتى إلى القوات المعادية إذا وقعت في الأسر سواء كان المحارب جريحاً أو مريضًا، ولا تختلف الآراء حول أهمية الموضوع نظرًا للصعوبة العملية والميدانية عند تقديم العسكري للرعاية الصحية لصالح عدوه.

وتقوم مسؤولية الدول المتحاربة على عدم تقديم العناية الطبية للجنود المرضى والجرحى للقوات المعادية تطبيقاً لنصوص القانون الدولي العرفي والاتفاقي، لاسيما أحكام اتفاقية جنيف الأولى المتعلقة بحماية الجرحى والمرضى في الحرب البرية واتفاقية جنيف الثانية المتعلقة بحماية الجرحى والمرضى والغرقى في الحرب البحرية. كما قد يتابع الأطباء وموظفي الصحة العسكرية على ارتكابهم جرائم حرب في حالة إخلالهم الجسيم برعاية هؤلاء الجرحى والمرضى، وبتالي تقوم المسؤولية الدولية الجنائية للطبيب العسكري أو من في حكمه.

والإشكالية التي تجدر إثارتها عند تناول هذا الموضوع هي: ما هو الأساس القانوني لمسؤولية الدولة وموظفي الصحة العسكرية على

عدم تقديم الرعاية الطبية للجرحى والمرضى في النزاعات المسلحة؟ ما هي طبيعة الالتزام فيها هل هو إلتزام ببذل عناية أو بتحقيق غاية؟ وكيف يمكن متابعة الدولة والأشخاص عند انتهاك التزامات الرعاية الصحية للقوات المعادية ؟ وفي إجابتنا على هذه التساؤلات نوزع دراستنا على الخطة الآتية:

المبحث الأول: المسؤولية الدولية عن الرعاية الصحية للجرحى والمرضى من القوات المعادية في النزاعات المسلحة.

تقوم المسؤولية الدولية للدولة عن الإخلال بالالتزامات الدولية التي تحملها مجموعة من النصوص الاتفاقية والعرفية المتعلقة بالحماية الصحية لضحايا النزاعات المسلحة الدولية وغير الدولية، والتي لا شك أنّ أهمّ المتضررين فيها جراء الإخلال بهذه الالتزامات هم الجرحى والمرضى في ساحات الحرب سواء كانت برية أو بحرية أو غيرها.

المطلب الأول: المقصود بالجرحى والمرضى في إطار اتفاقيات القانون الدولي الانساني.

نظرًا للمعاناة الخاصة التي لحقت بفئة الجرحى والمرضى أثناء النزاعات المسلحة في النصف الأول من القرن الماضي تمّ تخصيص اتفاقيتين دوليتين لحمايتهم فوضعت اتفاقية جنيف الأولى لتحسين حال الجرحى والمرضى بالقوات المسلحة في الميدان واتفاقية جنيف الثانية لتحسين حال جرحى ومرضى وغرقى القوات المسلحة في البحار والمعتمدة بتاريخ واحد 12 أوت 1949 من طرف المؤتمر الدبلوماسي إلى جانب اتفاقية جنيف الثالثة المتعلقة بحماية الأسرى واتفاقية جنيف الرابعة لحماية المدنيين، ولم تتعرض اتفاقية جنيف الأولى والثانية إلى تعريف مباشر للجرحى والمرضى على خلاف فئة الغرقى التى عرفتها اتفاقية جنيف الثانية بشكل مباشر وصريح[1]، ولاشك أنّ عدم إدراج تعريفات لهذه المصطلحات سيفتح المجال لتفسيرها وفقا لرغبات الدول المتحاربة أو المنتصرة في الغالب فمهما كان المصطلح بسيطا فهو يحتاج إلى ضبط في النصوص الاتفاقية.

إلاّ أنّ البروتوكول الإضافي الأول المعتمد في 08 جوان 1977 الملحق باتفاقيات جنيف الأربعة لحماية ضحايا النزاعات المسلحة لسنة 1949

استدرك ما لم تحدده اتفاقية جنيف الأولى والثانية فأورد تعريفاً موسعاً للجرحى والمرضى واعتبرهما كل: "الأشخاص العسكريون أو المدنيون الذين يحتاجون إلى مساعدة أو رعاية طبية بسبب الصدمة أو المرض أو أي اضطراب أو عجز بدنيًا كان أم عقليًا والذين يمتنعون عن أي عمل عدائي، ويشمل هذان التعبيران أيضا حالات الوضع والأطفال حديثي الولادة والأشخاص الآخرين الذين قد يحتاجون إلى مساعدة أو رعاية طبية عاجلة، مثل ذوي العاهات والحوامل الذين يحجمون عن أي عمل عدائي...".[2]

وعلى خلاف ما ورد في البروتوكول الإضافي الأول فاتفاقية جنيف الأولى المتعلقة بتحسين حال الجرحى والمرضى للقوات المسلحة في الميدان أو في النزاعات المسلحة البرية واتفاقية جنيف الثانية المتعلقة بتحسين حال جرحى ومرضى وغرقى القوات المسلحة في البحار أو في النزاعات المسلحة البحرية لسنة 1949،[3]حصرتا نطاق تطبيقهما على الجرحى والمرضى من أفراد القوات المسلحة التابعين لأحد أطراف النزاع وكذلك أفراد المليشيات والوحدات المتطوعة التي تشكل جزءا من هذه القوات المسلحة، بالإضافة إلى أفراد المليشيات الأخرى والوحدات المتطوعة الأخرى، بمن فيهم أعضاء حركات المقاومة المنظمة الذين ينتمون إلى أحد أطراف النزاع ويعملون داخل أو خارج الإقليم الذي ينتمون إليه، حتى لو كان هذا الإقليم محتلاً، علاوة على أفراد القوات المسلحة النظامية الذي يعلنون ولاءهم لحكومة أو لسلطة لا تعترف بها الدولة الحاجزة[4]

زيادة على ذلك يعتبر في حكم الجرحى والمرضى المحميين في النزاعات المسلحة الأشخاص الذين يرافقون القوات المسلحة دون أن يكونوا في الواقع جزءًا منها، كالأشخاص المدنيين الموجودين ضمن أطقم الطائرات الحربية والمراسلين الحربيين ومتعهدي التموين وأفراد وحدات العمال أو الخدمات المختصة بالترفيه عن العسكريين، شريطة أن يكون لديهم تصريح من القوات المسلحة التي يرافقونها، وعلاوة على ذلك أفراد الأطقم الملاحية بمن فيهم القادة والملاحون ومساعدوهم في السفن

التجارية وأطقم الطائرات المدنية التابعة لأطراف النزاع، بالإضافة إلى هذا سكان الأراضي غير المحتلة الذين يحملون السلاح من تلقاء أنفسهم عند اقتراب العدو لمقاومة القوات الغازية دون أن يتوفر لهم الوقت لتشكيل وحدات مسلحة نظامية، شريطة أن يحملوا السلاح جهرًا وأن يراعوا قوانين الحرب وعاداتها[5]

والجدير بالذكر أنّ مفهوم الجرحى والمرضى في إطار اتفاقيات دولية أخرى للقانون الدولي الانساني قد يتسع أكثر ليشمل فئات أخرى منها على سبيل المثال المصابين بمرض أو جروح من غير المحاربين من المدنيين والصحفيين في إطار اتفاقية جنيف الرابعة المتعلقة بحماية المدنيين في النزاعات المسلحة المعتمدة في 12 أوت 1949،[6] لكن المقصود بالجرحى والمرضى في المفهوم الضيق للقانون الدولي الإنساني لا يمتد إلى ذلك لأنّ وضعهم كجرحى أو مرضى هو الذي يمنح لهم الحق في الحماية بعد أن كانوا أهدافا مشروعة للعمليات الحربية والعدائية، أمّا المدنيين وغيرهم فهم محميين كأصل عام ابتداءً قبل أن يصابوا وبعده وفي كل الأحوال.

المطلب الثاني: الأساس القانوني للمسؤولية الدولية عن الاخلال بالرعاية الصحية أثناء النزاعات المسلحة.

تقوم المسؤولية للدولية للدولة التي يسند إليها انتهاك القواعد الدولية الاتفاقية والعرفية المتعلقة بالرعاية الطبية للجرحى والمرضى وحتى الأسرى عندما تتوفر الشروط العامة الثلاث الضرورية لقيام المسؤولية الدولية وهي أولاً: الاخلال بالالتزام الدولي، ثانياً: اسناد الإخلال إلى شخص دولي، ثالثاً: إحداث ضرر بشخص دولي، وتستمد المسؤولية الدولية للدولة عن انتهاك الرعاية الواجبة للمرضى والجرحى أثناء النزاعات المسلحة من القواعد العامة للقانون الدولي العام والقانون العرفي في انتظار اعتماد اتفاقية دولية متعلقة بالمسؤولية الدولية لاسيما في إطار جهود لجنة القانون الدولي التي أدرجت المسؤولية الدولية في جدول أعمالها المتعلقة بالتقنين منذ 1949.[7]

وإذا كان شرط إسناد الفعل غير المشروع إلى الدولة وشرط إحداث ضرر بدولة أخرى تخضع إلى القواعد العامة ولا تحتاج إلى تفصيل خاص في باب المسؤولية عن الاخلال بالرعاية الصحية للجرحى والمرضى، ففيما يتعلق بالإخلال بالالتزام الدولي كأولّ شرط من شروط المسؤولية الدولية للدولة عن العمل غير المشروع، نجد من الضرورة التمييز بين النزاعات المسلحة الدولية وغير الدولية فيما يتصل بالقواعد القانونية الدولية التي يستند إليها الاخلال بالالتزام الدولي.

الفرع الأول: المسؤولية الدولية عن الاخلال بالرعاية الصحية أثناء النزاعات المسلحة الدولية: لقد نصت العديد من النصوص الاتفاقية الدولية على التزام الدول بالرعاية الطبية للجرحى والمرضى أثناء الحروب أي النزاعات المسلحة وتبقى من أهمها اتفاقيتي جنيف الأولى المتعلقة بتحسين حال الجرحى والمرضى بالقوات المسلحة في الميدان المعتمدة في 18 أوت 1949 والتي دخلت حيز النفاذ في 21 أكتوبر 1950 والثانية اتفاقية جنيف الثانية المتعلقة بتحسين حال الجرحى والمرضى والغرقى بالقوات المسلحة في البحار المعتمدة والتي دخلت حيز النفاذ بنفس التواريخ السابقة.

1- الرعاية الصحية في الحرب البرية: لقد خصصت اتفاقية جنيف لتحسين حال الجرحى والمرضى في الميدان فصلاً خاصاً جاء فيه إلتزام الدول الأطراف في جميع الأحوال باحترام وحماية الجرحى والمرضى من أفراد القوات المسلحة وغيرهم من الأشخاص المشار إليهم في المادة التالية وعلى طرف النزاع أن يعامل الذين يقعون تحت سلطته معاملة إنسانية وأن يعتني بهم دون أي تمييز ضار على أساس الجنس أو العنصر أو الجنسية أو الدين أو الآراء السياسية أو أي معايير مماثلة أخرى، ويحظر مطلقاً أي اعتداء على حياتهم أو استعمال العنف ضدهم، ويجب على الأخص عدم قتلهم أو إبادتهم أو تعريضهم للتعذيب أو لتجارب خاصة بعلم الحياة، أو تركهم عمدًا دون علاج أو رعاية طبية، أو خلق ظروف تعرضهم لمخاطر العدوى بالأمراض أو تلوث الجروح.[8]

وتكون الأولوية في نظام العلاج على أساس الدواعي الطبية العاجلة وحدها وتعامل النساء بكل الاعتبار الخاص الواجب إزاء جنسهن، وعلى طرف النزاع الذي يضطر إلى ترك بعض الجرحى أو المرضى لخصمه أن يترك معهم، بقدر ما تسمح به الاعتبارات الحربية، بعض أفراد خدماته الطبية والمهمات الطبية اللازمة للإسهام في العناية بهم،(9) كما تحظر الاتفاقية تدابير الاقتصاص من الجرحى أو المرضى أو الموظفين الذين تحميهم أو المباني أو المهمات المشمولين بالحماية.(10)

من خلال ما ورد في اتفاقية جنيف الأولى في باب الرعاية الصحية نلاحظ أنّها منحت حماية صحية شاملة لضحايا النزاعات المسلحة الدولية وفرضت التزامات في مجملها بتحقيق نتيجة على عاتق الدول المتحاربة وهذا من خلال منع استعمال الجرحى والمرضى في التجارب العلمية المتعلقة بعلم الحياة، ولعلّ حصر تلك التجارب الخاصة بعلم الحياة فقط قد يحرمهم من الحماية عند تعرضهم إلى تجارب علمية في نطاق علوم أخرى، كما حظرت الاتفاقية الترك العمدي للجرحى والمرضى بدون علاج أو رعاية طبية أو ترتيب ظروف خاصة خصبة لانتقال العدوى بالأمراض أو تلوث الجروح ويبدوا أنّ نص الاتفاقية لم يمنح أي مبرر قانوني متعلق بظروف الحرب وامكانيات الجيوش لتطبيق هذا النص وبالتالي يعد التزام بتحقيق نتيجة كذلك، وعلاوة على ذلك يحظر التمييز بين الجرحى والمرضى في النزاعات المسلحة بحسب الاتفاقية على أساس الجنس أو الدين أو الأصل أو الجنسية أو الاراء السياسية أو أي معيار آخر إلاّ إذا كان مبررًا مثلما استثنت منح الأولوية على أساس الدواعي الطبية العاجلة أو تلك العناية الخاصة بالنساء والتي تقتضيها طبيعة جنسهن.

في حين ألزمت الاتفاقية الدولة المتحاربة التي تجبر على ترك بعض الجرحى والمرضى للعدو بأن يترك معهم طاقماً طبياً يساهم في العناية بهم، لكن بقدر ما تسمح به الاعتبارات العسكرية وهذا ما ينمّ على أنّ

الدولة في هذا السياق تخضع لالتزام ببذل رعاية وليس بتحقيق نتيجة لأنّ نص الاتفاقية منح لها سلطة التقدير وفقا لامكانياتها.

2- الرعاية الصحية في الحرب البحرية: تنص اتفاقية جنيف الثانية المتعلقة بتحسين حال الجرحى والمرضى والغرقى في البحار على التزام الدول في جميع الأحوال باحترام وحماية الجرحى والمرضى والغرقى ممن يكونون في البحر من أفراد القوات المسلحة، على أن يكون مفهوماً أنّ تعبير "الغرقى" يقصد به الغرقى بأي سبب من أسباب، بما في ذلك حالات الهبوط الاضطراري للطائرات على الماء أو السقوط في البحر.(11)

وعلى طرف النزاع أن يعامل الذين يقعون تحت سلطته معاملة إنسانية وأن يعنى بهم دون أي تمييز ضار على أساس الجنس أو العنصر أو الجنسية أو الدين أو الآراء السياسية أو أي معايير مماثلة أخرى، ويحظر بشدة أي اعتداء على حياتهم أو استعمال العنف معهم، ويجب على الأخص عدم قتلهم أو إبادتهم أو تعريضهم للتعذيب أو لتجارب خاصة بعلم الحياة أو تركهم عمدًا دون علاج أو رعاية طبية أو خلق ظروف تعرضهم لمخاطر العدوى بالأمراض أو تلوث الجروح، كما يجب أن تعامل النساء مع الاعتبار الخاص الواجب إزاء جنسهن.(12)

كما تمّ النّص على حماية الجرحى والمرضى في الحرب البحرية في البروتوكول الإضافي الأول لاتفاقيات جنيف المتعلقة بحماية ضحايا النزاعات المسلحة الدولية بحيث ورد فيه وجوب احترام وحماية الجرحى والمرضى والمنكوبين في البحار أيا كان الطرف الذي ينتمون إليه ويجب في جميع الأحوال أن يعامل أي منهم معاملة إنسانية وأن يلقى بقدر المستطاع وبالسرعة الممكنة الرعاية الطبية التي تتطلبها حالته كما يجب عدم التمييز بينهم لأي اعتبار سوى الاعتبارات الطبية.(13)، عند استقصاء مضمون البروتوكول الإضافي الأول نجده يميّز الحرب البحرية عن الحرب البرية بحيث يجعل من التزام الدول المتحاربة فيما يخص الرعاية الصحية إلتزاماً ببذل عناية و ليس بتحقيق نتيجة بحيث فرض عليها الرعاية

الطبية للجرحى والمرضى والغرقى بقدر المستطاع وبأقصى سرعة وهذا ما يميز بين البروتوكول عن اتفاقيتي جنيف الأولى والثانية.

3- الرعاية الصحية للأسرى: قد يقع الجريح أو المريض في قبضة القوات المعادية وبالتالي يخضع لنظام الأسر وفي إطار القانون الدولي الإنساني منحت حماية خاصة للأسرى والتي من بين أوجهها الاعتراف له بحقه في الرعاية الصحية أثناء النزاعات المسلحة، ولقد تقرر ذلك بموجب اتفاقية جنيف الثالثة المتعلقة بحماية الأسرى،(14) فورد فيها أنّ "تلتزم الدولة الحاجزة للأسرى باتخاذ كافة التدابير الصحية الضرورية لتأمين نظافة المعسكرات وملاءمتها للصحة والوقاية من الأوبئة وكذلك بأن توفر لأسرى الحرب، نهارًا وليلاً، مرافق صحية تستوفي فيها الشروط الصحية وتراعى فيها النظافة الدائمة، وتخصص مرافق منفصلة للنساء في كل المعسكرات التي توجد فيها أسيرات حرب"، ولاشك أنّ اتفاقية جنيف الثالثة المتعلقة بالأسرى منحت حقوقا أكثر بالمقارنة مع تلك الحقوق الثابتة في اتفاقية الخاصة بالجرحى والمرضى وهذا راجع إلى الظروف التي تطبق فيها كل منها حيث إنّ الأسر يكون بعيدًا عن مكان التحام الجيوش وتصادمهم وفي مخيمات خاصة، لذا تتقيد التزامات الدولة الحاجزة للأسرى بتحسن ظروفها.

وفي هذا السياق تلتزم دولة الحجز بأن توفر في كل معسكر عيادة مناسبة يحصل فيها أسرى الحرب على ما قد يحتاجون إليه من رعاية وكذلك على النظام الغذائي المناسب، وتخصص عند الاقتضاء أماكن لعزل المصابين بالأمراض المعدية أو العقلية وأسرى الحرب المصابين بأمراض خطيرة أو الذين تقتضي حالتهم علاجا خاصاً أو عملية جراحية أو رعاية بالمستشفى يجب أن ينقلوا إلى أية وحدة طبية عسكرية أو مدنية يمكن معالجتهم فيها، حتى إذا كان من المتوقع إعادتهم إلى وطنهم في وقت قريب، وينبغي منح تسهيلات خاصة لرعاية العجزة والعميان بوجه خاص وإعادة تأهيلهم لحين إعادتهم إلى الوطن، كما يفضل أن يقوم بعلاج أسرى الحرب موظفون طبيون من الدولة التي يتبعها الأسرى(15)،

وبالنظر إلى طبيعة تلك الالتزامات الصحية التي تقع على عاتق دولة الأسر أو الحجز نجدها في مجملها تندرج في إطار التزامات تحقيق نتيجة بحيث تفرض على الدول بناء عيادات طبية وتوفير العلاج وتحمل تكاليفه...وهذا ما ينمّ على الضغط الذي تضمنته اتفاقية جنيف الثالثة على الدول الحاجزة لأسرى لكي تطلق سراحهم تجنباً لتلك الالتزامات المكلفة.

وفي نفس الإطار لا يجوز منع الأسرى من عرض أنفسهم على السلطات الطبية المختصة لفحصهم وتقدم السلطات الحاجزة لأي أسير تمت معالجته شهادة رسمية بناء على طلبه تبين طبيعة مرضه وإصابته ومدة العلاج ونوعه وترسل صورة من هذه الشهادة إلى الوكالة المركزية لأسرى الحرب، كما تتحمل الدولة الحاجزة تكاليف علاج أسرى الحرب، بما في ذلك تكاليف أي أجهزة لازمة للمحافظة على صحتهم في حالة جيدة وعلى الأخص الأسنان والتركيبات الاصطناعية الأخرى والنظارات الطبية.[16]

ومن المقرر حسب اتفاقية حقوق الأسرى أنّه من حق الأسير أن يجري فحوصاً طبية مرة واحدة على الأقل في كل شهر ويشمل الفحص مراجعة وتسجيل وزن كل أسير، والغرض من هذه الفحوص هو على الأخص مراقبة الحالة العامة لصحة الأسرى وتغذيتهم ونظافتهم وكشف الأمراض المعدية وتستخدم لهذا الغرض أكثر الطرق المتاحة والأكثر فعالية[17]

وفي مقابل ذلك يجوز للدولة الحاجزة أن تكلف أسرى الحرب من الأطباء والجراحين وأطباء الأسنان والمرضين أو المرضات بمباشرة مهامهم الطبية لمصلحة أسرى الحرب التابعين لنفس الدولة حتى إذا لم يكونوا ملحقين بالخدمات الطبية في قواتهم المسلحة، وفي هذه الحالة يستمر اعتبارهم أسرى حرب ولكنهم يعاملون معاملة أفراد الخدمات الطبية ويعفون من أداء أي عمل آخر[18]

كما أكدت اتفاقية جنيف الثالثة بشأن الأسرى على أنّ الرعاية الصحية للأسرى مجانية بحيث نصت في أكثر من مادة على أن تتكفل

الدولة التي تحتجز أسرى حرب بتقديم الرعاية الطبية التي تتطلبها حالتهم الصحية على عاتقها[19] ويعتبر انتهاكا جسيما في مفهوم اتفاقية جنيف الثالثة المتعلقة بالأسرى أي فعل أو إهمال غير مشروع يسبب موت أسير في عهدتها لاسيما ما تعلق منها بالتجارب الطبية أو العلمية مهما كان نوعها مما لا تستدعيه معالجة الأسير و مصلحته[20]، والظاهر أنّه ليس هناك ما يمنع من تواجد نفس النص المتعلق بالتجارب الطبية في كل الحالات في اتفاقية جنيف الأولى والثانية لحماية الجرحى والمرضى في الغرقى الحرب البرية والبحرية التي حصرتها في تلك المتعلقة بتجارب علم الحياة.

الفرع الثاني: المسؤولية الدولية عن الاخلال بالرعاية الصحية أثناء النزاعات المسلحة غير الدولية.

تشترك اتفاقيات جنيف الأربعة المتعلقة بحماية ضحايا النزاعات المسلحة الدولية في نص المادة الثالثة المتعلقة بالمبادئ العامة لحماية ضحايا النزاعات المسلحة التي ليس لها طابع دولي بحيث يلتزم كل طرف في نزاع غير دولي بأنّ يطبق كحد أدنى الأحكام التالية:- يجب معاملة الأشخاص الذين لا يشتركون مباشرة في الأعمال العدائية بمن فيهم أفراد القوات المسلحة الذين ألقوا أسلحتهم والأشخاص العاجزين عن القتال بسبب المرض أو الجرح أو الاحتجاز أو لأي سبب آخر معاملة إنسانية في جميع الأحوال، دون أي تمييز ضار يقوم على العنصر أو اللّون أو الدّين أو المعتقد أو الجنس أو المولد أو الثروة أو أي معيار مماثل آخر.

ولهذا الغرض تحظر الأفعال التالية فيما يتعلق بالأشخاص المذكورين أعلاه وتبقى محظورة في جميع الأوقات والأماكن: أ- الاعتداء على الحياة والسلامة البدنية وبخاصة القتل بجميع أشكاله والتشويه والمعاملة القاسية والتعذيب... ج- الاعتداء على الكرامة الشخصية، وعلى الأخص المعاملة المهينة والحاطة بالكرامة، ويلتزم الطرف في النزاع المسلح غير الدولي بجمع الجرحى والمرضى ويعتني بهم ويجوز لهيئة إنسانية غير متحيزة، كاللّجنة الدولية للصليب الأحمر، أن تعرض خدماتها على أطراف النزاع،

وعلى أطراف النزاع أن تعمل فوق ذلك عن طريق اتفاقات خاصة على تنفيذ كل الأحكام الأخرى من هذه الاتفاقية أو بعضها لكن ليس في تطبيق الأحكام المتقدمة ما يؤثر على الوضع القانوني لأطراف النزاع.[21]

أما بروتوكول جنيف الثاني المتعلق بحماية ضحايا النزاعات المسلحة غير الدولية المعتمد في 08 جوان 1977 فقد نص على وجوب احترام وحماية جميع الجرحى والمرضى والمنكوبين في البحار سواء شاركوا أم لم يشاركوا في النزاع المسلح و يجب أن يعامل هؤلاء في جميع الأحوال معاملة إنسانية وأن يتلقوا قدر الإمكان ودون إبطاء الرعاية والعناية الطبية التي تقتضيها حالتهم ويجب عدم التمييز بينهم لأي اعتبار سوى الاعتبارات الطبية[22] وتتخذ كافة الإجراءات الممكنة دون تأخير خاصة بعد أي اشتباك للبحث عن الجرحى والمرضى والمنكوبين في البحار و تجميعهم كلّما سمحت الظروف بذلك، مع حمايتهم من السلب والنهب وسوء المعاملة وتأمين الرعاية الكافية لهم والبحث عن الموتى والحيلولة دون انتهاك حرماتهم وأداء المراسم لهم بطريقة كريمة.[23]

ومن جهة أخرى يجب احترام وحماية أفراد الخدمات الطبية ومنحهم كافة المساعدات الممكنة لأداء واجباتهم ولا يجوز إرغامهم على القيام بأعمال تتعارض مع مهمتهم الإنسانية، ولا يجوز مطالبة أفراد الخدمات الطبية بإيثار أي شخص بالأولوية في أدائهم لواجباتهم إلاّ إذا تمّ ذلك على أسس طبية.[24]، ولا يجوز بأي حال من الأحوال توقيع العقاب على أي شخص لقيامه بنشاط ذي صفة طبية يتفق مع شرف المهنة بغض النظر عن الشخص المستفيد من هذا النشاط، كما لا يجوز إرغام الأشخاص الذين يمارسون نشاطا ذا صفة طبية على إتيان تصرفات أو القيام بأعمال تتنافى وشرف المهنة الطبية أو غير ذلك من القواعد التي تستهدف صالح الجرحى والمرضى أو منعهم من القيام بتصرفات تمليها هذه القواعد والأحكام.[25]

كما تلتزم الدول باحترام الالتزامات المهنية للأشخاص الذين يمارسون نشاطاً ذا صفة طبية فيما يتعلق بالمعلومات التي قد يحصلون عليها بشأن الجرحى والمرضى المشمولين برعايتهم، وذلك مع التقيّد بأحكام القانون الوطني، ولا يجوز بأي حال من الأحوال توقيع العقاب على أي شخص يمارس نشاطاً ذا صفة طبية لرفضه أو تقصيره في إعطاء معلومات تتعلق بالجرحى والمرضى الذين كانوا أو لا يزالون مشمولين برعايته، وذلك مع الأخذ بعين الاعتبار لأحكام القانون الوطني.(26)

والملاحظ على طبيعة التزامات الرعاية الصحية المفروضة على الدول في نطاق النزاعات المسلحة غير ذات الطابع الدولي فهي تنقسم إلى قسمين منها ما هو التزام ببذل عناية كذلك الذي نصت عليه المادة السابعة من البروتوكول الثاني بحيث نصت على حق الجرحى والمرضى في أن يتلقوا الرعاية والعناية الطبية قدر الامكان وبالسرعة الممكنة، أما القسم الثاني فيتضمن التزامات بتحقيق نتيجة كتلك المتعلقة بالامتناع بعدم التمييز وعدم التعرض إلى مستخدمي الصحة بمعاقبتهم أو منعهم من أداء مهامهم المتوافقة مع شرف مهنتهم.

وعلى صعيد آخر اعتمدت الجمعية العامة للأمم المتحدة في 18 ديسمبر 1982 مبادئ آداب مهنة الطب المتصلة بدور الموظفين الصحيين، ولاسيما الأطباء، في حماية المسجونين والمحتجزين من التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهنية،(27) بحيث ورد في المبدأ الأول منه أنّه من واجب الموظفين الصحيين المكلفين بالرعاية الطبية للمسجونين والمحتجزين ولاسيما الأطباء من هؤلاء الموظفين أن يوفروا لهم الحماية لصحتهم البدنية والعقلية والمعالجة لأمراضهم بنفس القدر من الاهتمام والنوعية والمستوى المتاح لغير المسجونين أو المحتجزين.

المطلب الثالث: المحاكم الدولية ذات الاختصاص في تنفيذ المسؤولية الدولية للدول عن الاخلال بالالتزام بالرعاية الصحية

بالإضافة إلى الآليات الدولية المختصة بالرقابة على القانون الدولي الانساني المنصوص عليها في اتفاقيات جنيف الأربعة المتعلقة بحماية ضحايا

النزاعات المسلحة والمتمثلة في آلية الدولة الحامية، اللّجنة الدولية لتقصي الحقائق، هناك أجهزة القضاء الدولي كمحكمة العدل الدولية التي تختص بالنظر في النزاعات المتعلقة بالمسؤولية الدولية وفقا لنظامها الأساسي وزيادة على ذلك هناك المحاكم الاقليمية التي إذا توفرت عناصر وشروط المسؤولية الدولية للدولة تفصل في النزاعات.

ومن المعروف في إطار القانون الدولي أنّ الدولة والمنظمات الدولية تتحمل المسؤولية على أساس العمل غير المشروع بتوفر ثلاث شروط أساسية هي: أولا: الإخلال بالالتزام الدولي، ثانيا: إسناد الفعل غير المشروع إلى شخص دولي، ثالثا: إحداث الضرر بشخص دولي، وفي موضوع خرق القواعد المتعلقة بالرعاية الطبية المنصوص عليها في القانون الدولي الانساني، والتي تسند للقوات المسلحة للدولة المتحاربة وبالتالي تسند إلى الدولة لأنّ الدولة مسؤولة عن أعمال موظفيها أثناء أداء مهامهم أو بمناسبتها وتلحق ضررًا بجرحى أو مرضى أو غرقى أو أسرى دولة أخرى وبالتالي سببت أضرارًا بالدولة نفسها عن طريق تحريك آلية الحماية الدبلوماسية ومنه فكلّ عناصر ومقتضيات مسؤولية الدولة تتوفر بتوفر هذه العناصر وتتحمل بالتالي الدولة مسؤوليتها عن انتهاك التزام الرعاية الصحية لضحايا النزعات المسلحة الدولية وغير الدولية.

المبحث الثاني: المسؤولية الجنائية للأطباء عن الاخلال بواجب الرعاية الطبية للجرحى والمرضى من القوات المعادية في النزاعات المسلحة.

إنّ انتهاك القواعد المتعلقة بالرعاية الصحية أثناء النزاعات المسلحة سواء الداخلية أو الدولية لا يرتب المسؤولية الدولية للدولة فحسب، بل يؤدي كذلك إلى قيام المسؤولية الدولية الجنائية للفرد الذي ارتكب أو ساهم في ارتكاب هذه الانتهاكات، فإذا كانت المسؤولية الجنائية للدولة قد استبعدت من نطاق القانون الدولي الحالي فإنّ الدول قد اتفقت منذ عقود بإلحاق هذه المسؤولية بالفرد الذي أصبح موضوعا من مواضيع القانون الدولي، يتمتع في ظلّه بحقوق خاصة في إطار القانون الدولي

لحقوق الانسان والقانون الدولي الانساني، كما يخضع لالتزامات، في إطار القانون الدولي الجنائي، إذا انتهكها قامت مسئوليته الدولية الجنائية على أساس أنّه اقترف جريمة دولية يتابع ويعاقب عليها على المستوى الوطني والدولي، وفي هذا السياق تندرج انتهاكات الرعاية الطبية في حق الجرحى والمرضى ضمن جرائم الحرب التي تشكل محورًا من بين أهم محاور القانون الدولي الجنائي.

المطلب الأول: تكييف انتهاكات قواعد الرعاية الصحية أثناء النزاعات المسلحة الدولية كجرائم حرب.

الجريمة الدولية كموضوع للقانون الدولي الجنائي هي كل سلوك يشكل إخلالاً بقواعد القانون الدولي وعدوانا وإضراراً جسيماً بالمصالح التي يحميها النظام القانوني الدولي والذي يحمّل الفرد الذي ارتكبها المسؤولية الدولية الجنائية،[28] وتتنوع الجريمة الدولية بحسب القاعدة القانونية المنتهكة وطبيعة المصلحة الضائعة باقترافها، لتتخذ شكل من الأشكال التي اعتمدها القانون والفقه الدولي منذ بداية القرن العشرين وهي الجرائم ضد السلام والجرائم ضد الإنسانية وجرائم الحرب وتعدّ هذه الأخيرة من أبشع الجرائم الدولية نظرًا للظرف الاستثنائي الذي يميزها عن غيرها بحيث ترتكب أثناء النزاع المسلح.

ويمكن تعريف جرائم الحرب عموماً بأنّها الانتهاكات الجسيمة لقواعد القانون الدولي الاتفاقية والعرفية المطبقة في النزاعات المسلحة،[29]، ولم يكن هناك حصر قانوني لهذه الجرائم بالرغم من تحديد أهمها في بعض الاتفاقيات الدولية الخاصة بالقانون الدولي الإنساني بحيث كان مشكل تحديد هذه الجرائم قائماً على المستوى القانوني والفقهي بين الدول[30] كما لا تعدّ كل الانتهاكات الواقعة على القانون الدولي الإنساني جرائم حرب بل حسب ما جرى العمل به على المستوى الإتفاقي أو القضائي أنّه لا بد من التمييز بين الانتهاكات الجسيمة لقواعد القانون الدولي الإنساني والتي تعدّ جرائم حرب دولية والانتهاكات البسيطة غير الجسيمة التي لا تشكل جرائم حرب ولا تعرض مقترفها للعقاب بل تستتبع دفع التعويض

من قبل الدولة المسؤولة فقط، والتي تلتزم بأن تفرض على مرتكب هذه التجاوزات غير الجسيمة عقوبات جزائية أو تأديبية[31]

وكان بحسب المعمول به في هذا الاطار أنّ صفة جرائم الحرب تنحصر فقط على الانتهاكات الواقعة في النزاعات المسلحة الدولية وعلى القواعد القانونية التي تنظم هذه الأخيرة لكن مع اعتماد النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية وقبله مع نظام المحكمة الدولية المؤقتة AD HOC ليوغوسلافيا وكذلك لرواندا أصبحت الجرائم الدولية تخص النزاعات المسلحة الدولية وغير الدولية.[32]

وبعد التجاوزات الخطيرة التي اقترفت خلال الحرب العالمية الأولى نصت اتفاقية فرساي Versailles لـ: 28 جوان 1919 في مادتها 228– 229 على حق الحلفاء المنتصرين في الحرب العالمية الأولى على معاقبة ومحاكمة الأشخاص المسؤولين عن انتهاكات قوانين وأعراف الحرب وباعتراف الحكومة الألمانية بحق الدول الحلفاء في إنشاء محاكم خاصة لمحاكمة مجرمي الحرب الألمان لمسئوليتهم الجنائية عليها،[33] ولقد انبثقت عن لجنة المسؤوليات لسنة 1919 لجنة القانونيين والتي قدمت تقريرًا يضم اثنين وثلاثين سلوكاً تعتبر كجرائم حرب وجاء بعدها بروتوكول جنيف لسنة 1925 الذي اعتبر استخدام الغازات السامة والخانقة وما شابهها من الأسلحة الجرثومية والكيماوية جرائم حرب، زيادة على اتفاقية واشنطن لعام 1922 الخاصة باستخدام الغواصات البحرية التي اعتبرت الأعمال المخالفة لها بجرائم حرب.[34]

وفي نفس السياق تنص اتفاقيات جنيف الأربعة لسنة 1949 على التزام الدول المتعاقدة بمتابعة ومعاقبة الأشخاص الذي يقترفون الانتهاكات الجسيمة لهذه الاتفاقيات أو الذين يأمرون بها وذلك بغض النظر عن جنسياتهم، وأوردت لذلك قائمة تحدد فيها هذه الانتهاكات التي اعتبرتها جرائم حرب منها إحداث آلام ومعاناة عمدية كبيرة أو إصابات جسيمة بالصحة أو الجسم[35].

وفيما يخص الأفعال التي لا تدخل في إطار هذه القائمة المحددة للانتهاكات الجسيمة فتعتبرها انتهاكات بسيطة لا تلتزم الدول إلا بالعمل على وقفها والتعويض عنها،(36) كما جاء في اتفاقية لاهاي لحماية الممتلكات الثقافية أثناء النزاعات المسلحة المعتمدة في 14 ماي 1954 تعهد الدول الأطراف بمتابعة و محاكمة كل شخص ارتكب أو أمر بارتكاب أي انتهاك لهذه الاتفاقية،(37) ونفس الالتزام ورد في اتفاقية جنيف والخاصة بحظر استعمال تقنيات تغيير البيئة لأهداف عسكرية أو لأهداف عدائية أخرى لسنة 1976(38)

ثم اعتمدت المجموعة الدولية البرتوكول الإضافي الأول الملحق باتفاقيات جنيف لحماية ضحايا النزاعات المسلحة سنة 1977 والذي أضاف من خلال مواده 11 و 85 حوالي خمسة عشر انتهاكا جسيما آخر إلى تلك الواردة في اتفاقيات جنيف الأربعة لسنة 1949، ثمّ نصت بعد ذلك المادة الثالثة من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية الخاصة بيوغسلافيا سابقا المشكلة بموجب قرار مجلس الأمن رقم 827 المؤرخ في 23 ماي 1993 على اختصاص هذه المحكمة بالمتابعة والمعاقبة على كل الانتهاكات الواقعة على قوانين وأعراف الحرب، وهذا ما تمّ التنصيص عليه كذلك في النظام الأساسي لمحكمة الجنائية الدولية لروندا التي أنشأها مجلس الأمن بموجب القرار 955 بتاريخ 08 سبتمبر 1994.

أما آخر تطور معتبر فيما يخص النص على جرائم الحرب هو اعتماد النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية في روما في 17 جويلية 1998 الذي دخل حيز النفاذ في 17 جويلية 2002 ونص على جرائم الحرب في مادته الثامنة التي تجعل من اختصاص المحكمة متابعة جرائم الحرب، خاصة منها تلك التي ترتكب كجزء من خطة أو سياسة أو كجزء من سلسلة من الجرائم المماثلة والمرتكبة على نطاق واسع وحددت هذه المادة قائمة من 26 بند تتضمن كل منها فعل يشكل جرائم حرب في النزاعات المسلحة الدولية.

وتتوزع هذه الأعمال حسب المادة الثامنة في فئتين الأولى هي الانتهاكات الجسيمة لاتفاقيات جنيف لسنة 1949 والثانية تتشكل من الانتهاكات الخطيرة الأخرى للقوانين والأعراف التي تنطبق في النزاعات المسلحة في إطار القانون الدولي القائم، كما تضمن النظام الأساسي لمحكمة الجنائية الدولية جرائم الحرب باعتبارها الانتهاكات الجسيمة للمادة الثالثة المشتركة بين اتفاقيات جنيف الأربعة والخاصة بالنزاعات المسلحة غير ذي طابع الدولي وكذلك الانتهاكات الجسيمة الأخرى للقوانين والأعراف التي تنطبق في النزاعات المسلحة التي ليس لها الطابع الدولي في إطار القانون الدولي القائم.[39]

أمّا فيما يخص أركان جريمة الحرب في إطار القانون الدولي الجنائي الذي يعنى بهذه الجرائم وإجراءات المعاقبة عليها فهي ثلاثة أركان: ركن مادي، ركن معنوي وركن دولي، أولاً: الركن المادي المتمثل في ارتكاب أحد الأفعال الجسيمة التي تحظرها قوانين وأعراف الحرب وبالتالي لا بد من توافر حالة الحرب أي القتال المسلح المتبادل بين القوات المسلحة وارتكاب أحد الأفعال المحظورة دولياً بموجب الاتفاقيات الدولية والأعراف الدولية المقبولة، ثانياً: الركن المعنوي هو توافر القصد الجنائي أي العلم والإرادة، العلم بأنّ الأفعال المرتكبة تخالف قوانين وعادات الحرب والإرادة تتجه إلى إتيان تلك الأفعال المحرمة قانوناً. ثالثاً: الركن الدولي ويقصد به ارتكاب جرائم الحرب بناء على تدبير وتخطيط وموافقة إحدى الدول وتنفيذ من أحد موظفيها أو أعضاء قواتها المسلحة وباسمها[40]

المطلب الثاني: متابعة مرتكبي انتهاكات الرعاية الطبية في النزاعات المسلحة الدولية كمجرمي حرب

من المبادئ التي ينطلق منها القانون الدولي الجنائي أنّ القضاء الدولي هو كقاعدة عامة هو قضاء تكميلي يتدخل حينما يعجز القضاء الوطني عن متابعة مرتكبي الجرائم الدولية، لذا نتناول أولاً دور القضاء الجزائي الوطني في قمع انتهاك القواعد المتعلقة بالرعاية الصحية ثم نتناول ثانيا القضاء الدولي ودوره في هذه المسألة.

الفرع الأول: المتابعات القضائية الوطنية لمجرمي الحرب: تعدّ السلطة القضائية للدولة مظهرا من مظاهر سيادتها لذا؛ فمن حقها السيادي أن تمارس رقابتها القضائية على مواطنيها وعلى غيرهم إذا ارتكبوا جرائم حرب على إقليمها خاصة، والجدير بالذكر أنّ ارتكاب هذه الجرائم – جرائم الحرب – يفرض على الدولة، كالتزام دولي على عاتقها، البحث عن مرتكبي هذه الجرائم وبمتابعتهم جنائيا مهما كانت جنسيتهم ومهما كان الإقليم الذي ارتكبت فيه ومهما كانت ضحايا هذه الجرائم، أو في حالة العكسية تسلم الدولة هؤلاء المجرمين بحسب القوانين الداخلية إلى كل دولة تطلبهم لمتابعتهم جزائيا، ويبقى على الدولة التي أوفت بالتزامها في القبض على مجرمي الحرب إلاّ محاكمتهم على جرائمهم حسب قوانينها العقابية الداخلية وفقا للاختصاص العالمي في جرائم الحرب والجرائم ضد الإنسانية أو تسليمهم إلى الدولة التي تطالب بهم لمحاكمتهم وعقابهم.[41]

ولقد نصت اتفاقيات جنيف الأربعة الخاصة بحماية ضحايا النزاعات المسلحة الدولية على التزام الدول بمعاقبة مرتكبي الانتهاكات الجسيمة لأحكام الاتفاقيات والتي تكيّف على أنّها جرائم حرب، بحيث تنص على أنّ الدول الأطراف المتعاقدة تلتزم باتخاذ جميع التدابير اللازمة في تحديد جزاءات عقابية مناسبة تطبق على الأشخاص الذين ارتكبوا أو أمروا بارتكاب إحدى الانتهاكات المحددة في الاتفاقيات وعلى كل طرف متعاقد الالتزام بالبحث عن الأشخاص المشتبه فيهم ارتكاب أو الأمر بارتكاب إحدى الانتهاكات الجسيمة وإحالتهم على الجهات القضائية الجنائية الخاصة بها، مهما كانت جنسيتهم أو إذا رأت محلاً لذلك أن تسلمهم إلى طرف آخر متعاقد طلب ذلك حسب قواعدها العادية للتسليم، فعلى الدول الالتزام وفقا لهذه الاتفاقيات بمتابعة مجرمي الحرب الذين يكونون تحت سلطتها وفقا لقوانينها الداخلية والتي من الواجب عليها إدراج الأحكام الخاصة بالقانون الدولي الإنساني فيها وهذا ما قامت به العديد من الدول كالولايات المتحدة الأمريكية بإدراجها لعقوبات على جرائم الحرب في قانونها الموحد للعدالة العسكرية وغيرها[42]

كذلك جاء البرتوكول الإضافي الأول بعدة إضافات إلى اتفاقيات جنيف من بين أهمها تكريس واجب الدول في التعاون في حالة الانتهاكات الخطيرة لاتفاقيات والبرتوكول الأول وأهم ما يجب أن يبرز فيه التعاون هو تسليم مجرمي الحرب وجعل النصوص القانونية الداخلية للدول أكثر انسجام، كما نصّ البرتوكول صراحة بواجب الدول على التعاون القضائي في مجال المتابعات القضائية الخاصة بانتهاكات البرتوكول والاتفاقيات والاهتمام أكثر بطلبات المساعدة القضائية التي تمنحها الدولة التي وقع على إقليمها الانتهاك.(43)

وفي هذا الإطار تبرز أهمية آلية الاختصاص القضائي العالمي من أجل حماية حقوق الإنسان الأساسية أثناء النزاعات المسلحة وقمع الإجرام الدولي لاسيما في ظلّ امتناع العديد من الدول لعدة أسباب عن متابعة ومحاكمة مجرمي الحرب من مواطنيها، الأمر الذي أدى بالمجتمع الدولي إلى التدخل لقمع هذه الجرائم في البداية من خلال هياكل قضائية مؤقتة ثم تدعم بمحكمة جنائية دولية.

الفرع الثاني: المتابعات القضائية الدولية لمجرمي الحرب: بالرغم من كثرة الانتهاكات الدولية للقانون الدولي الانساني منذ زمن بعيد لم نجد في تاريخ المجتمع الدولي المعاصر إلا محاولات قليلة لتنظيم متابعات قضائية جماعية على غرار المحاكمات الوطنية بحيث تكون أكثر فعالية منها، ولقد كانت أولها المحاكمات الدولية العسكرية لمجرمي الحرب الألمان بعد الحرب العالمية الأولى بموجب المادة 230 من معاهدة فرساي لـ: 28 جوان 1919 والتي تنص على محاكمة مجرمي الحرب الذين ارتكبوا جرائم ضد رعايا عدة دولة في محاكم دولية.(44)

ثمّ نصبت بعد ذلك المحكمة العسكرية الدولية لنورمبرغ وطوكيو لمعاقبة مجرمي الحرب أثناء الحرب العالمية الثانية زيادة على جرائم ضد السلم والجرائم ضد الإنسانية، ولقد أدانت محكمة نورمبررغ بسبب جرائم الحرب اثنا عشر متهماً وحكمت عليهم بالإعدام وأربعة متهمين آخرين وحكمت عليهم بالسجن المؤبد وأحكام بالسجن المؤقت بالنسبة لمتهمين

اثنين، وبالرغم من المبادئ القانونية والتطور المعتبر في القانون الدولي التي جاءت بهما محاكمات نورمبرغ إلاّ أنّها واجهت العديد من الانتقادات القانونية أهمها أنّ المحاكمات لم تحترم مبدأ عدم الرجعية وأن هذه المحكمة ليست لها من الدولية التسمية.(45)

وفي بداية سنوات التسعينات من القرن الماضي أثارت جرائم الحرب وغيرها من الجرائم ضد الإنسانية التي كانت ترتكب في يوغوسلافيا سابقا منذ سنة 1991 حفيظة مجلس الأمن الذي اتخذ قراره رقم 808 المؤرخ في 22 فيفري 1993 بإنشاء محكمة جنائية دولية مؤقتة Ad hoc لمحاكمة الأشخاص المسؤولين عن انتهاك قواعد القانون الدولي الإنساني في هذه الأقاليم منذ سنة 1991، ويرجع اختصاص مجلس الأمن في إنشاء مثل هذه المحكمة الجنائية الدولية إلى تفعيله للفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة عند مواجهته اعتداء أو مساس بالأمن والسلم الدوليين.(46)

وما على الدول إلا الخضوع لقرار مجلس الأمن حسب ميثاق الأمم المتحدة،(47) وبالتالي مساعدته والاستجابة لطلباته في متابعة مجرمي الحرب هؤلاء، كما أنّ إنشاء مجلس الأمن لمحكمة جنائية دولية مؤقتة خاصة بمحاكمة الانتهاكات الخطيرة للقانون الدولي الإنساني في رواندا بقراره رقم 955 المؤرخ في 08 نوفمبر 1994 ولقد طورت هذه المحاكم الجنائية الدولية المؤقتة Ad Hoc من المنظومة القانونية الدولية خاصة من الجانب الإجرائي والتنظيمي لها (مدعي عام، غرفة استئناف...) بالرغم من إنشائها بقرار من مجلس الأمن وليس بموجب اتفاقية دولية.(48)

لكن أهم ما حدث في مجال المتابعة الدولية لمجرمي الحرب هو تتويج أعمال لجنة القانون الدولي باعتماد المحكمة الجنائية الدولية في روما في 17 جويلية 1998 بعد جهود طالت أكثر من أربعين سنة والتي دخلت حيز النفاذ في 17 جويلية 2002 بعد مصادقة 60 دولة على نظامها الأساسي وتختص هذه المحكمة باعتبارها نظام قضائي دولي مكمل للاختصاص القضائي الوطني بمعاقبة الأفراد على الجرائم التي تحدث بعد نفاذ هذه المحكمة والتي تشكل جريمة حرب أو جريمة إبادة جماعية أو جريمة ضد

الإنسانية حسب ما جاء في نظامها الأساسي الساري المفعول.[49]، و وفقاً لما ورد في الباب الثاني من النظام الأساسي فإنّ المحكمة الجنائية الدولية مختصة في متابعة ومعاقبة مجرمي الحرب الذين ينتهكون القواعد المتعلقة بالرعاية الصحية للجرحى والمرضى في النزاعات المسلحة الدولية وغير الدولية، بحيث بداية تدل النص على شمول اختصاص المحكمة لجرائم الحرب التي تعني بالإضافة إلى الانتهاكات الجسمية لاتفاقيات جنيف الانتهاكات الخطيرة الأخرى للقوانين والأعراف التي تنطبق في النزاعات المسلحة الدولية لاسيما منها:[50] "- التعذيب أو المعاملة اللاإنسانية، بما فى ذلك إجراء تجارب بيولوجية، - تعمد إحداث معاناة شديدة أو إلحاق أذى خطيرا بالجسم أو بالصحة، - إخضاع الأشخاص الموجودين تحت سلطة طرف معاد للتشويه البدني أو لأيّ نوع من التجارب الطبية أو العلمية، - تعمّد توجيه هجمات ضد المباني والمواد والوحدات الطبية ووسائل النقل والأفراد من مستعملي الشارات المميزة المبينة في اتفاقيات جنيف طبقا للقانون الدولي".

وكذلك الانتهاكات الخطيرة الأخرى للقوانين والأعراف السارية على المنازعات المسلحة غير ذات الطابع الدولي، في النطاق الثابت للقانون الدولي، أي فعل من الأفعال التالية: "...- تعمد توجيه هجمات ضد المباني والمواد والوحدات الطبية ووسائل النقل والأفراد من مستعملي الشعارات المميزة المبينة في اتفاقية جنيف طبقا للقانون الدولي؛ - إخضاع الأشخاص الموجودين تحت سلطة طرف آخر في النزاع للتشويه البدني أو لأيّ نوع من التجارب الطبية أو العلمية التي لا تبررها المعالجة الطبية أو معالجة الأسنان أو المعالجة في المستشفى للشخص المعني والتي لا تجرى لصالحه وتتسبب في وفاة ذلك الشخص أو أولئك الأشخاص أو في تعريض صحتهم لخطر شديد".

وتخضع إجراءات المحاكمة والمتابعة والعقاب وفقا لهذا النظام الأساسي الذي يتضمن أحكام تفصيلية تخص كل جانب من جوانب سير ممارسة المحكمة الجنائية الدولية لاختصاصاتها على المستوى الدولي في أقاليم الدول التي تصادق عليها برضاها التام، كما لا تعد المحكمة الجنائية

الدولية كبديل عن اختصاص المحاكم الوطنية في متابعة مجرمي الحرب وإنما تكمله في حالة ما إذا عجز أو قصر في ملاحقهم[51]

خاتمة

يعدّ موضوع المسؤولية الدولية المترتبة عن انتهاك الالتزامات الدولية المتعلقة بالرعاية الطبية للجرحى والمرضى وحتى الغرقى والأسرى من أهم المواضيع التي شغلت اهتمام المنظمات الانسانية الدولية الحكومية وغير الحكومية ونظراً للتطورات العلمية الحديثة في هذا المجال تضاعف احتمال استغلال ضحايا النزاعات المسلحة في التجارب الطبية، هذا بالإضافة إلى حرمان الجرحى والمرضى من حقوقهم في العلاج واستعمالهم كورقة ضغط على الدولة المعادية، ومن حيث أساس المسؤولية الدولية للدولة عن انتهاك القواعد الدولية المتعلقة بالرعاية الطبية للمرضى والجرحى فيتمثل أساساً في العمل غير المشروع نظراً لوجود عدة صكوك دولية تحظر المساس بالحالة الصحية للجريح أو المريض في النزاعات المسلحة الدولية وغير الدولية، أما على المستوى الداخلي فتقوم المسؤولية الجزائية بناءً على ما تنص عليه القوانين الجزائية الداخلية سواء منها الواردة في قانون العقوبات أو قانون القضاء العسكري الذي في كل الحالات يجب أن يتماشى مع القوانين الدولية.

والجدير بالذكر أنّ المسؤولية الدولية للدولة في مجال الرعاية الطبية أثناء النزاعات المسلحة ينبغي أن تنطلق من التمييز من جهة بين الالتزام ببذل عناية في شقه الطبي والذي يحمل طابعاً تدخلياً كتقديم العناية الطبية والعلاج وتوفير بعض الوسائل الطبية والخدمات التي تحتاج لإمكانيات خاصة، لاسيما في أثناء الاقتتال، ومن جهة أخرى الالتزام بتحقيق نتيجة الذي يتعلق بالالتزامات التي تتضمن حظرًا ذا طابعاً سلبياً لا يصعب على الدولة تحقيقها لأنّه لا يتوقف على امكانيات خاصة مثل الامتناع عن إجراء التجارب الطبية على الجرحى أو عدم التمييز من المرضى والجرحى، وحتى في هذا السياق تندرج بعض الالتزامات التداخلية التي تفرض على دول الأسر كالالتزام ببناء عيادات طبية

للمرضى والجرحى من الأسرى ولعل ذلك راجع إلى وجود البديل لدى دولة الأسر والمتمثل في إطلاق سراح الأسرى، والملاحظ أنّ القانون الدولي عرف تطوراً في هذا السياق، فبعد أن كانت أغلب الالتزامات ذات الصلة بالرعاية الصحية هي التزامات بتحقيق نتيجة في ظلّ اتفاقيتي جنيف الأولى والثانية لسنة 1949 اعتبرا البروتوكولين الإضافيين لحماية ضحايا النزاعات المسلحة الدولية وغير الدولية لسنة 1977 العديد من الالتزامات المفروضة على الدول الأطراف التزامات ببذل عناية وهذا نظراً لوجوب احترام الواقعية التي تفرضها النزاعات المسلحة وظروفها على القانون الدولي.

وفي هذا الإطار يقوم اختصاص عدة أجهزة دولية للرقابة على الرعاية الصحية أو الطبية أثناء النزاعات المسلحة الدولية وغير الدولية لكن تبقى هذه الأجهزة متوقفة على سيادة الدول، بحيث نجد أنّ الكثير من الدول لم تصادق عليها كما هو الشأن بالنسبة للمحكمة الجنائية الدولية تجنبا للمتابعات التي تهددها، هذا بالإضافة إلى تعطيل العديد من الأجهزة الدولية من الناحية العملية كآلية الدولة الحامية أو اللّجنة الدولية لتقصي الحقائق، لذا؛ على الدول أن تعتمد في تشريعاتها الوطنية من النصوص ما يكفي لحماية ضحايا النزاعات المسلحة خاصة المرضى والجرحى منهم، لاسيما ما يتعلق منها بتطبيق مبدأ الاختصاص العالمي على جرائم الحرب.

الهوامش والمراجع المعتمــــدة

(1) انظر المادة 12 من اتفاقية جنيف الثانية لتحسين حال جرحى ومرضى وغرقى القوات المسلحة في البحار المعتمدة في 12 أوت 1949.

(2) حسب ما ورد في المادة الثامنة من البروتوكول الأول الاضافي الملحق باتفاقيات جنيف الأربعة المتعلقة بحماية ضحايا النزاعات المسلحة المعتمد في 08 جوان 1977.

(3) انظر المادة الثامنة من بروتوكول جنيف الأول الملحق باتفاقيات جنيف الأربعة والمتعلق بحماية ضحايا النزاعات المسلحة الدولية والمادة 13 من اتفاقية جنيف الأولى والثانية.

(4) حسب ما جاء في المادة 13 من اتفاقيات جنيف الأولى والثانية لسنة 1949.

(5) بموجب ما جاء في المادة 13 من اتفاقيات جنيف الأولى والثانية لسنة 1949.

(6) حسب المادة 15 و 16 من اتفاقية جنيف الرابعة بشأن حماية الأشخاص المدنيين في وقت الحرب المؤرخة في 12 أوت 1949.
(7) عمر صدوق، محاضرات في القانون الدولي العام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1995، ص 20.
(8) المادة 12 من اتفاقية جنيف الأولى لتحسين حال الجرحى والمرضى في الميدان المعتمدة في 12 أوت 1949.
(9) المادة 12 من اتفاقية جنيف الأولى لتحسين حال الجرحى والمرضى في الميدان.
(10) المادة 46 من اتفاقية جنيف الأولى لتحسين حال الجرحى والمرضى في الميدان.
(11) المادة 12 من اتفاقية جنيف الثانية لتحسين حال الجرحى والمرضى والغرقى في القوات المسلحة في البحار لـ: 12-08-1949.
(12) المادة 12 اتفاقية جنيف الثانية لتحسين حال جرحى ومرضى وغرقى القوات المسلحة في البحار.
(13) المادة 10 من بروتوكول جنيف الأول الملحق باتفاقيات جنيف الأربعة المؤرخ في 08 جوان 1977.
(14) المادة 29 من اتفاقية جنيف الثالثة حول الأسرى لـ: 12-08-1949.
(15) المادة 30 من اتفاقية جنيف الثالثة حول الأسرى المعتمدة في 12 أوت 1949.
(16) المادة 30 من اتفاقية جنيف الثالثة حول الأسرى.
(17) المادة 31 من اتفاقية جنيف الثالثة حول الأسرى.
(18) المادة 32 من اتفاقية جنيف الثالثة حول الأسرى.
(19) انظر المادة 15 و 20 و 30 من اتفاقية جنيف الثالثة حول الأسرى.
(20) المادة 13 من اتفاقية جنيف الثالثة حول الأسرى.
(21) حسب المادة 03 المشتركة من اتفاقيات جنيف الأربعة لسنة 1949.
(22) المادة 7 من البروتوكول الاضافي الثاني لحماية ضحايا النزاعات المسلحة غير ذات الطابع الدولي المعتمد في 08 جوان 1977.
(23) المادة 8 من البروتوكول الاضافي الثاني لحماية ضحايا النزاعات المسلحة غير ذات الطابع الدولي
(24) المادة 9 من البروتوكول الاضافي الثاني لحماية ضحايا النزاعات المسلحة غير ذات الطابع الدولي.
(25) المادة 10 من البروتوكول الاضافي الثاني لحماية ضحايا النزاعات المسلحة غير ذات الطابع الدولي
(26) المادة 10 من البروتوكول الاضافي الثاني لحماية ضحايا النزاعات المسلحة غير ذات الطابع الدولي
(27) بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 37/194 المؤرخ في 12 ديسمبر 1982.
(28) فتوح عبد الله الشاذلي، القانون الدولي الجنائي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2001، ص 205.

(29) Eric David, Les Principes du droit des conflits armés, Bruylant – Bruxelles, 1994, p 548.

(30)Toni Pfanner , The Establishment of a permanent international court, IRRC , n°:322 , March 1998 , 38 year , p 24

(31) عباس هاشم السعدي، مسؤولية الفرد الجنائية عن الجريمة الدولية، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2002، ص107.

(32) انظر على سبيل المثال المادة الثامنة الفقرة ج من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية المعتمد في 17 جولية 1998.

(33) Eduardo Greppi, The evolution of individual criminal responsability under international law, IRRC, n° 835, September 1999, p536

(34) علي عبد القادر القهوجي، القانون الدولي الجنائي، منشورات الحلي الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت، 2001، ص 77 .

(35) حسب المواد المشتركة جنيف على الترتيب ز 50-51 -130-147.

(36)Torrelli Maurice, Le droit international humanitaire, Presse universitaire de France, 1ere édition, Paris 1985, p118.

(37) حسب المادة 28 من اتفاقية لاهاي لحماية الممتلكات الثقافية أثناء النزاعات المسلحة المعتمدة في 14 ماي 1954.

(38) انظر المادة 04 من اتفاقية جنيف و الخاصة بحظر استعمال تقنيات تغيير البيئة لأهداف عسكرية أو هداف عدائية أخرى المعتمدة في 10 ديسمبر 1976.

(39) حسب الفقرة ج، د، و من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية المعتمد في 17 جويلية 1998.

(40) حسب الفقرة بـ: البند 17-18-19 من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

(41) Eric David, op cit, p 643.

(42) Igor Blishchenco, Responsabilité en cas de violation du droit international humanitaire -IN- Les dimensions internationales du droit humanitaire, Unisco, Pédone, Paris, 1986, p 333.

(43) حسب المادة 88 من بروتوكول جنيف الاضافي الأول لحماية ضحايا النزاعات المسلحة الدولية.

(44) Eric David, op cit, p 627.

(45) محمد رشيد العنزي، محاكمة مجرمي الحرب في ظل قواعد القانون الدولي، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، السنة 15، العدد 01، 1991، ص 327.

(46) Eric David, op cit, p 692

(47) بموجب المادة 25 من ميثاق الأمم المتحدة.

(48) Abdelwahab Biad, Le droit international humanitaire, édition ellipse, Paris, 1999, pp 99, 100

(49) حسب المادة 05 من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

(50) وفقا للمادة 08 من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

(51) Toni Pfanner, The establishment of a permanent international court, IRRC, N° 322, p25.

الاتفاقيات والمؤتمرات الدولية المنظّمة للتجارب الطبية على الإنسان

أ.بن النوي خالد
جامعة برج بوعريريج

¥

تشكل التجارب الطبية على الإنسان اهتمام الهيئات والمؤتمرات الدولية منذ منتصف القرن الماضي نظرا لما لهذه التجارب من ارتباط وثيق بحقوق الإنسان، وبخاصة منها حق الإنسان في كيانه الجسدي وحقه في السلامة البدنية، فنظرا لأهمية التجارب الطبية والعلمية على الإنسان، ونظرا لرغبة المجتمع الدولي والهيئات الدولية المختلفة في حماية حقوق الإنسان تعددت الاتفاقيات الدولية المنظمة لها.

فقد نتج عن التطور الطبي السريع واستخدام الأساليب الطبية الحديثة أن أصبح حق الإنسان في السلامة البدنية مهددًا بالخطر، وهو ما دفع ببعض المنظمات الدولية والإقليمية إلى عقد اتفاقيات على جانب كبير من الأهمية تهدف إلى كفالة حق الإنسان في الحياة والحق في السلامة البدنية، وقد عالج البعض منها التجارب الطبية بطريقة مباشرة من خلال وضع الضوابط التي يجب مراعاتها عند مباشرة هذا النوع من التدخلات على الجسم البشري، في حين تضمن البعض الآخر منها نصوصا تحمي حقوق الإنسان التي يمكن أن تتعرض للخطر من جراء مباشرة تلك التجارب كالحق في الحياة والحرية وسلامة الكيان الجسدي للإنسان[1].

وعلى هذا الأساس سنعالج التنظيم الدولي للتجارب الطبية ضمن الاتفاقيات الدولية أولا ثمّ من خلال المؤتمرات الدولية ثانيا، وذلك في المطلبين المواليين.

المبحث الأول: تنظيم التجارب الطبية على الإنسان من خلال الاتفاقيات الدولية

لقد ارتبط أول تنظيم دولي للتجارب الطبية على الإنسان بالمحاكمة الدولية للأطباء النازيين على الجرائم التي ارتكبوها في حق أسرى الحرب إبان الحرب العالمية الثانية، حيث أصدرت محكمة Nuremberg في أعقاب هذه المحاكمة مجموعة من المبادئ والقواعد التي يجب مراعاتها من قبل الأطباء أثناء إجراء التجارب الطبية على الإنسان عرفت باسم تقنين نورمبورج le code de Nuremberg[2].

ورغم أنّ هذه المحاكمة تمت باتفاق دولي آنذاك، إلا أنّها تمت بمعرفة المحكمة العسكرية الأمريكية المشكلة من قضاة أمريكيين ووفقا للقواعد الإجرائية الأمريكية، وهو ما دفع بالكثير إلى نفي الطابع الدولي لهذه المحكمة، غير أنّ المحكمة العليا الأمريكية رفضت النظر في الطعون المقدمة لها بخصوص أحكام Nuremberg على أساس أنّها لا تملك صلاحية النظر في الأحكام الصادرة من محاكم دولية من جهة أخرى، فإنّ اعتماد الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ: 1946/12/11 لتقنين Nuremberg وتبنيه من قبل المجتمع الدولي كأساس لاتفاقيات دولية لاحقة مثل إعلان هلسنكي (Déclaration d'Helsinki) الصادر سنة 1975، جعل الكثيرين يعترفون بالطابع الدولي للقواعد التي أفرزتها محاكم الأطباء النازيين بخصوص كيفية مباشرة التجارب الطبية على الإنسان[3].

وتجدر الإشارة إلى أنّ تقنين Nuremberg وغيره من الاتفاقيات الدولية اللاحقة بخصوص القواعد المتعلقة بإجراء التجارب الطبية وإن كانت غير ملزمة للدول، إلا أنّها معذلك تعترف بأهميتها البالغة في تذكير الباحثين بطبيعة الكائن البشري والحماية الواجبة له عند مباشرة أي نوع من التجارب على كيانه الجسدي.

المطلب الأول: تقنين نورمبورج (le code de Nuremberg)

عقب انتهاء الحرب العالمية الثانية أنشأت الدول المنتصرة بزعامة الولايات المتحدة الأمريكية محكمة عسكرية دولية لمحاكمة كبار مجرمي الحرب من النازيين، حيث أحيل إليها 23 متهمًا من بينهم مسؤولون عن

المؤسسات الصحية في الإدارة والجيش وأطباء في المعسكرات النازية، وقد أتهم هؤلاء بإجراء تجارب طبية على أسرى الحرب دون مراعاة القواعد القانونية والأخلاقية المنظمة لهذه الأعمال، حيث أشارت المحكمة في حكمها إلى أنّ ما ارتكبه المتهمون ليس تجارب طبية وإنما جرائم فضيعة في حق البشرية(4).

وقد توصلت المحكمة إلى أنّ قلة قليلة فقط من التجارب الطبية التي أجراها الأطباء الألمان احترمت فيها القواعد القانونية والأخلاقية المرتبطة بمباشرة هذا النوع من التجارب، من هذا المنطلق نصت المحكمة على مجموعة من المبادئ التي يجب مراعاتها حتى تكون التجارب الطبية على الإنسان مقبولة أخلاقيا وقانونيا، بعبارة أخرى اعتبرت المحكمة هذه المبادئ الأساس الذي تبنى عليه شرعية التجارب على الإنسان(5)، ولقد شكلت هذه المبادئ ما يعرف بتقنين نورمبورج.

ويستخلص من القواعد التي وضعتها محكمة Nuremberg أنّها تعترف بالتجارب غير العلاجية أو التجارب العلمية التي تجري على الإنسان إلاّ أنّها وضعت عدة شروط لمثل هذا النوع من التجارب منها:

-أن يكون للتجارب العلمية فائدة عملية للإنسانية يستحيل الحصول عليها بدون التجريب على الإنسان.

-أن تكون طريقة ممارسة التجربة محددة.

-أن تكون التجربة ضرورية (المادة 02 من التقنين).

-وطبقا للمادة 06 من التقنين يجب أن تفوق فوائد التجربة بالنسبة للإنسانية مخاطرها بالنسبة للشخص الخاضع لها.

ومن بين المبادئ الأساسية التي تضمنها تقنين Nuremberg بخصوص التجارب على الإنسان بصفة عامة والتجارب العلمية على الخصوص ما يلي:

-ضرورة الحصول على رضاء الخاضع للتجربة وهو ما نصت عليه المادة الأولى، ويجب أن تكون هذه الموافقة حرة وخالية من عيوب الإرادة مع وجوب إعلام الشخص الذي تجرى عليه التجربة بطبيعة هذه التجربة،

ومدتها والهدف المراد بلوغه من إجرائها، إضافة إلى ذلك يجب إعلام الشخص بالمخاطر المحتملة والأضرار التي قد يتعرض إليها في تلك التجربة، وطبقا لنفس المادة يلتزم القائم بالتجربة، تحت مسؤوليته بتقدير الظروف التي تمّ الحصول فيها على موافقة الشخص.

-ضرورة أن تكون التجربة على الإنسان مسبوقة بالتجريب على الحيوان وهو ما نصت عليه المادة الثالثة، للتأكد من عناصر المشكلة محل البحث والدراسة بصورة تبرر النتائج والأهداف المراد بلوغها.

- في حين أوجبت المادة الرابعة من التقنين تجنب الآلام والأضرار الجسمانية والعقلية غير الضرورية أثناء مباشرة التجارب على الإنسان، ولا يجوز بأي حال من الأحوال إجراء التجارب التي يتوافر بشأنها ما يدعو إلى الاعتقاد بأنها ستخلف أضراراً جسيمة للشخص الخاضع لها مع العلم أنّه يجوز في هذه الحالة للطبيب الباحث أن يستعمل نفسه للتجربة (المادة الخامسة).

-كما يجب أن يجنب الشخص الخاضع للتجربة من كل خطر محتمل، مهما كان ضئيلاً، يؤدي إلى إحداث جروح بجسمه أو عجزه أو وفاته (المادة السابعة)، وللشخص الخاضع للتجربة الحق في طلب إيقافها في أي مرحلة من المراحل (المادة التاسعة)، كما يجب على المسؤول عن التجربة إيقافها إذا لاحظ أنّ الاستمرار فيها سيؤدي إلى الإضرار بالشخص الخاضع لها (المادة العاشرة).

- يجب أن تباشر التجارب الطبية على الإنسان من قبل أطباء أو باحثين أكفاء ويتعين على كل مشارك في هذا النوع من التجارب توخي الحيطة والحذر طوال فترة التجربة (المادة الثامنة).

ومن بين الانتقادات التي وجهت لتقنين Nuremberg:

-اقتصاره على تحديد المبادئ العامة الواجب مراعاتها عند مباشرة التجارب الطبية، والظروف التي يمكن للشخص في إطارها التطوع للتجارب الطبية، وإهماله الربط بين موافقة المتطوع من جهة والموازنة اللازمة بين مخاطر ومنافع التجربة من جهة أخرى[6].

-عدم تحديده بطريقة واضحة للأخطار التي يمكن أن تمنع إجراء التجارب على الإنسان وعدم تحديده لكيفية الحصول على موافقة الشخص لمثل هذه التجارب، حيث اعتبرت محكمة Nuremberg أنّ هذه الأمور خارجة عن اختصاصاتها.

-كما أنّ اشتراط الموافقة بطريقة مطلقة يمنع إجراء التجارب على بعض الطوائف من الأشخاص كمرضى الأمراض العقلية، كما يرى البعض أنّ شرط الإعلام يصعب تحقيقه في مجال التجارب العلمية بسبب عدم قدرة الأشخاص الخاضعين لهذه التجارب على فهم تقنيات البحث العلمي.

ورغم هذه الانتقادات إلا أنّ تقنين Nuremberg أثبت تأثيره على مجريات الأحداث في السنوات التي تبعت صدوره، حيث ساهم إلى حد كبير في إثارة النقاش بشأن التجارب الطبية على الإنسان على المستوى العالمي وهو ما دفع بالكثير من الدول إلى تنظيم المسألة في قوانينها الداخلية، مستعملة تقنين Nuremberg كنموذج لها، غير أنّ التطور السريع للعلوم الطبية وما صاحبه من تزايد الحاجة إلى التجارب الطبية على الإنسان أثبت قصور التقنين المشار إليه وكذا الاتفاقيات الدولية الأخرى التي تم إبرامها في هذه الفترة، في تنظيم هذا المجال الحيوي، كما أدى سعي الكثير من الدول إلى تنظيم التجارب الطبية في قوانينها الداخلية إلى ظهور الحاجة إلى توحيد المبادئ العامة على المستوى الدولي، وهو ما وقع فعلا من خلال إعلان هلسنكي 1964 (la déclaration d' Helsinki) ثم طوكيو (Tokyo) 1975 المعتمدين من قبل الجمعية الطبية العالمية[7].

المطلب الثاني: إعلاني هلسنكي وطوكيو

من أهم الاتفاقيات الدولية على المستوى العالمي بخصوص حماية حقوق الإنسان في مواجهة التجارب الطبية ما أصدرته الجمعية الطبية، في اجتماعها الثامن عشر في هلسنكي (Helsinki) سنة 1964 وأكدته في اجتماعها التاسع والعشرين في طوكيو (Tokyo) سنة 1975 من مبادئ وقواعد متعلقة بإجراء التجارب الطبية والعلمية على الإنسان[8].

وتعتبر المبادئ والقواعد التي أصدرتها الجمعية الطبية العالمية بمثابة قانون أخلاقي يتعين على الأطباء الباحثين الالتزام به عند مباشرة التجارب الطبية على الإنسان، فقد ميّز إعلان هلسنكي ثمّ بعده إعلان طوكيو، بين التجارب العلاجية والتجارب العلمية، وأكدّ على وجوب احترام حقوق الإنسان خاصة حق الإنسان في السلامة البدنية والعقلية الذي يجب أن يبقى فوق كل اعتبار.

وقد اشترط هذا القانون لشرعية التجربة وجوب التناسب بين الغرض المراد بلوغه من إجراء التجربة والأخطار المتوقعة بالنسبة للشخص الخاضع لها، كما أولى من جهة أخرى اهتماما خاصا بموافقة الشخص على التجارب الطبية، واعتبره شرطاً أساسياً لشرعية التجربة من الناحية الأخلاقية والقانونية في التجارب العلمية[9].

الفرع الأول: المبادئ العامة لإعلاني هلسنكي وطوكيو من المبادئ العامة المتعلقة بالتجارب الطبية على الإنسان التي حرصت عليها الجمعية الطبية العالمية في الإعلانين المشار إليهما أعلاه ما يلي:

1-وجوب أن يتم إجراء التجارب الطبية على الإنسان وفقا لمبادئ الأخلاق والعلم التي تبرر البحث في الطب الإنساني، ولا يمكن مباشرة التجربة على الإنسان إلاّ بعد إجراء الفحوص المعملية والتجارب على الحيوان، أو على أي معطيات أخرى مستقر عليها علميا[10].

2-وجوب أن يكون مشروع التجربة الطبية على الإنسان ومراحل تنفيذها محددا في بروتوكول تجريبي (protocole expérimental) يخضع لإشراف لجنة مستقلة تعين بصفة خاصة لهذا الغرض للرأي والمشورة[11].

3-وجوب أن تباشر التجارب الطبية على الإنسان من قبل أشخاص مؤهلين علميا وتحت إشراف طبيب متخصص في المجال المراد التجريب فيه، ويتحمل مسؤولية الأضرار الناجمة عن تجربة الطبيب أو المسؤول الأول عنها ولا يجوز إطلاقا أن تقع على الشخص الخاضع للتجربة ولو وافق على ذلك[12].

4-لا تكون التجربة مشروعة من الناحية القانونية والأخلاقية إلاّ إذا كانت فوائدها تفوق الأخطار التي يتعرض لها الشخص الخاضع للتجربة، لذلك يتعين قبل مباشرة التجريب على الإنسان تقدير الفوائد والأخطار المتوقعة سواء لصالح الشخص أو لغيره، مع وجوب ترجيح مصالح الإنسان الخاضع للتجربة دائما عن الفوائد العلمية ومصالح المجتمع ككل[13].

5-يتعين احترام حق الإنسان الخاضع للتجربة في حماية تكامله الجسدي والعقلي، وعلى هذا الأساس يجب اتخاذ كافة الاحتياطات اللازمة للتقليل من الأخطار أو الأضرار التي يمكن أن تمس بالسلامة البدنية والعقلية للشخص الخاضع للتجربة وخاصة ما يمس منها بشخصيته[14].

6-عدم جواز للطبيب أو الباحث إجراء التجربة على الإنسان إذا لم يكن بمقدرته توقع الأخطار المحتملة، ويتعين عليه أيضا أن يوقف التجربة إذا اكتشف أن مخاطرها تفوق الفوائد المرجوة منها كما يجب نشر نتائج البحث أو التجربة بأمانة[15].

7-يجب الحصول على الموافقة الكتابية للشخص الخاضع للتجربة بعد إعلامه بطبيعة التجربة مراحلها، الفوائد المرجوة منها إلى جانب الأخطار المحتملة لهذه التجربة وآثارها عليه، ويجب أن يحاط علمًا بأنه يمكنه الرجوع في موافقته في أي مرحلة من مراحل التجربة[16].

8-وحرصًا على وجوب صدور الموافقة بعيدا عن كل تأثير في الحالات التي يكون فيها المريض في حالة تبعية للطبيب الباحث أو أن يكون مضطراً للموافقة، من الأفضل أن يتمّ الحصول على رضا الشخص من قبل طبيب آخر غير الطبيب المعالج أو الطبيب الذي يباشر التجربة، وإذا تعلق الأمر بالتجريب على القُصر ومن في حكمهم، فإنّه يجب الحصول على موافقة الممثل القانوني مع مراعاة التشريعات الوطنية بهذا الخصوص[17].

الفرع الثاني: قواعد إجراء التجارب الطبية على الإنسان في إعلاني هلسنكي وطوكيو لقد ميّزت الجمعية الطبية العالمية بين التجارب العلاجية والتجارب العلمية في إعلاني هلسنكي وطوكيو، وعلى هذا الأساس وضعت قواعد خاصة بكل نوع من هذه التجارب على النحو التالي:

أ-التجارب العلاجية: أكدّت الجمعية الطبية العالمية أنّ الطبيب حر في اختيار أفضل الوسائل والطرق العلاجية التي يعتقد أنها الأفضل لصالح مريضه[18].

وعلى هذا الأساس يجوز له أن يجرّب طريقة تشخيصية أو علاجية جديدة، غير أنّ ذلك مقيد بالشروط الآتية:

-يتعين على الطبيب، تحت مسؤوليته، أن يوازن بين الفوائد والأخطار أو الأضرار المحتملة عند استخدام الوسائل الحديثة مقارنة بالطرق التشخيصية والعلاجية التي استقر عليها العمل لدى أهل المهنة، واختيار أفضلها، فمن حق المريض أن يستفيد من أفضل الوسائل المتاحة في التشخيص والعلاج[19].

- من حقّ المريض رفض الاشتراك في التجربة الطبية دون أن يؤثر ذلك على علاقته مع الطبيب الباحث[20].

- إذا رأى الطبيب أنّه ليس من الضروري الحصول على الموافقة المستنيرة للمريض الذي يراد اشتراكه في التجربة العلاجية، يتعين أن يتضمن بروتوكول التجربة أسباب ذلك ويبلغ إلى اللجنة المستقلة وفقا للمبادئ الأساسية المشار إليها أعلاه[21].

-لا يجوز المزج بين علاج المريض والبحث العلمي لغرض اكتشاف معارف طبية جديدة إلاّ إذا كان الغرض من هذا البحث إجراء التشخيص أو العلاج المحتمل للمريض الخاضع للتجربة.

ويلحظ من خلال مراجعة هذه القواعد أنّ الطبيب المباشر للتجارب العلاجية يستفيد طبقا للقواعد التي حددتها الجمعية الطبية العالمية بشأن التجارب الطبية، من نفس المزايا التي تخوله إياها بعض القوانين في مجال التدخل العلاجي المحض، حيث يمكنه مباشرة التجارب

العلاجية كبديل للطرق العلاجية المعروفة بالشروط التي حددتها له، ويمكنه الاستغناء عن موافقة المريض في بعض التجارب لنفس العلّة المعترف له بها في التدخلات العلاجية، وهي التأثير السلبي على نفسية المريض في حالة إعلامه بحالته الصحية أو ما تتطلبه من تدخل طبي.

وقد اعتبر بعض الفقه هذا الاستثناء بمثابة ثغرة قانونية في التجارب العلاجية، خاصة إذا لم تباشر اللجان المستقلة المعينة لهذا الغرض عملها الرقابي[22].

ب-التجارب العلمية (التجارب غير العلاجية) لقد أجاز إعلان هلسنكي وإعلان طوكيو التجارب غير العلاجية على الإنسان ولكن بشروط معينة وردت كالتالي:

- وجوب أن يكفل الطبيب حماية وصحة الخاضع للتجربة (المادة الأولى من الباب الثالث).
- وجوب أن يكون الخاضع للتجارب العلمية متطوعا ومتمتعا بصحة جيدة، أو مريضا بمرض أجنبي عن الدراسة (المادة الثانية).
- وجوب إيقاف التجربة إذا اكتشف القائم بالتجربة أنّ الاستمرار فيها يشكل خطرا على الفرد الخاضع لها (المادة الثالثة).
- وجوب ترجيح مصلحة الفرد الخاضع للتجربة في الصحة والعافية عن كل مصلحة أخرى علمية كانت أو اجتماعية (المادة الرابعة).

من ثمّ يمكن القول إنّه من خلال تنظيمها للتجارب العلمية، اعترفت الجمعية الطبية العالمية بشرعية هذا النوع من التجارب على الإنسان باعتبارها حتمية اجتماعية تتطلبها رغبة الإنسان في التطور.

هذا؛ ولقد شكلت القواعد العامة التي جاءت بها الجمعية الطبية العالمية في إعلاني هلسنكي وطوكيو وغيرها من الاتفاقيات الإقليمية الأخرى[23]، الإطار التنظيمي للتجارب الطبية بهدف تحقيق التوازن الضروري بين حماية حقوق الإنسان من جهة، وحق المجتمع في التطور العلمي من جهة أخرى.

المبحث الثاني: المؤتمرات الدولية والتجارب الطبية على الإنسان لقد انعقدت عدة مؤتمرات دولية هامة بخصوص حماية حقوق الإنسان، خاصة ما يتعلق منها بحماية الإنسان من مخاطر التقدم العلمي والتكنولوجي في العلوم الطبية، علم الأحياء والكيمياء الحيوية منها

المطلب الأول: المؤتمر الدولي لحقوق الإنسان (طهران أفريل/ماي 1968)[24].

انعقد المؤتمر الدولي لحقوق الإنسان تطبيقا لقرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 2081 الصادر بتاريخ 20 ديسمبر 1965، والقاضي بعقد مؤتمر دولي خاص بحقوق الإنسان.

ولقد اتخذ المؤتمر مجموعة من التوصيات الرئيسية تناولت مختلف نواحي حقوق الإنسان من بينها التوصية الحادية عشر التي اتخذها المؤتمر بالإجماع بتاريخ: 1968/05/12 والتي تهدف إلى حماية حق الإنسان في حياته الخاصة خاصة بعد زيادة تعرض الإنسان للأخطار الناجمة عن التقدم العلمي في المجال الطبي، وكذلك من بين ما أوصى به المؤتمر احترام الشخصية الإنسانية وتكاملها المادي والعقلي وكذا حق الإنسان في السلامة البدنية والعقلية إزاء التطور والتقدم السريع الذي يعرفه علم الأحياء، الطب والكيمياء الحيوية[25].

كما طلب المؤتمر من المنظمات المختلفة دراسة المشاكل المتصلة بحماية الشخص وسلامته البدنية والعقلية في ضوء الإنجازات المتحققة في العلوم المشار إليها[26].

المطلب الثاني: المؤتمر الدولي الرابع عشر لقانون العقوبات

انعقد هذا المؤتمر في فيينا في الأسبوع الأول من شهر أكتوبر 1989، وتضمنت أعمال القسم الثاني منه دراسة تحت عنوان "قانون العقوبات في مواجهة الأساليب الطبية الحديثة"[27].

ولقد عالج المؤتمر في هذا الإطار المشاكل التي تثيرها التجارب الطبية على الإنسان سواء العلاجية منها أو غير العلاجية، وأوصى بضرورة حماية السلامة البدنية والعقلية للإنسان الذي يكون محلاً لهذه التجارب

وذلك من خلال منع التجارب التي لا تحترم فيها القواعد المنصوص عليها لإجراء التجارب على الإنسان ورصد عقوبات ردعية لذلك.

المطلب الثالث: الإعلان العالمي بشأن الجينات البشرية وحقوق الإنسان[28].

صدر عن المؤتمر العام لليونسكو في نوفمبر سنة 1997 الإعلان العالمي بشأن الجينات البشرية وحقوق الإنسان، وقد جاء في مادته الثانية أنّ لكل إنسان الحق في أن تحترم كرامته وحقوقه، أيا كانت سمته الوراثية[29].

ورغم أنّ الإعلان المشار إليه لم يتطرق بصفة خاصة إلى التجارب الطبية على الإنسان إلاّ أنّ المبادئ التي تضمنها تنطبق على المجال المذكور، لأنّ الغرض من الإعلان هو حماية الكرامة الإنسانية وهو الغرض المشترك لكل الاتفاقيات والمؤتمرات الدولية والإقليمية التي تناولت حماية حقوق الإنسان[30].

ويمكن القول إنّ مسألة حماية حقوق الإنسان خاصة منها حقه في السلامة البدنية والعقلية في مواجهة التجارب الطبية قد أصبحت تثير اهتمام الهيئات والمؤتمرات الدولية، باعتبارأنّ الإنسان هو غاية التنظيم الاجتماعي، ومن ثمّ وجب توفير الحماية الضرورية لوجوده واستمرار تقدمه في المجتمع[31].

ولاشك أنّ المجهودات الدولية لعبت دورًا فعالاً في توفير الحماية الدولية لحق الإنسان في سلامته الجسمية والعقلية تجاه التجارب الطبية والعلمية، إلاّ أنّ هذه المساعي قد تبقى بدون معنى إذا لم تقم الدول منفردة بتنقية قوانينها الداخلية من كل ما يتعارض مع ما قررته الاتفاقيات الدولية بخصوص قواعد إجراء التجارب الطبية والعلمية على الإنسان، وهو ما سنحاول توضيحه في المبحث التالي من خلال التعرض للأساس القانوني لهذه التجارب وشروط إباحتها في القوانين الداخلية.

خاتمة

إنّ التجارب الطبية على جسم الإنسان تثير عدة تساؤلات سواء من حيث شرعيتها وضوابطها أو المسؤولية الناشئة عنها.

فالتجارب الطبية هي أخطر ما يمكن أن يتعرض إليه الإنسان أثناء وبمناسبة تلقيه الخدمات الطبية لأنّ التجربة تتضمن الكثير من المخاطر، والتجارب الطبية على جسم الإنسان ضرورة حتمية لاغنى عنها في سبيل التحقق من فعالية الأدوية الجديدة التي يتم تجربتها على جسم الإنسان، فهذا التدخل تمليه الضرورة الاجتماعية وقد مارسها البشر منذ القدم وكانت هي السبب في الحد من الكثير من الأمراض التي حصدت الكثير من الأرواح البشرية لمدة طويلة من الزمن، وهي الملاذ الوحيد لتجنب الأمراض الجديدة والكوارث الناجمة عنها .

ومن خلال هذه الدراسة تبين أنّه من الناحية التاريخية كان السبق للقانون الدولي لوضع الأسس القانونية للتجارب الطبية على الإنسان من خلال المبادئ والقواعد التي وضعتها محكمة Nuremberg سنة 1949 على إثر محاكمة الأطباء النازيين على الجرائم الحربية التي ارتكبوها أثناء الحرب العالمية الثانية باسم التجارب العلمية، ثمّ لحقها بعد ذلك الكثير من القواعد الخاصة لتنظيم هذا المجال وكانت الأنظمة الأنجلوسكسونية السباقة في هذا المجال، أمّا التشريعات الأكثر حداثة وأبرزها فكان التشريع الفرنسي سنة 1988، ويعتبر التشريع الفرنسي التشريع الوحيد الذي نظم التجارب الطبية على الإنسان بشكل مفصل ومتكامل.

الهوامش والمراجع المعتمـــدة

---

(1) J.M.Auby - "la formation d'une règle internationale en matière médicale; les conditions de validité de l'expérimentation médicale sur l'homme, Annales de droit médicale international, 1959, p 9.

(2) مأمون عبد الكريم، رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية، دراسة مقارنة، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، 2006، ص 721.

(3)R.K.Woetzel - "the Nuremberg trials in international lawe", London, Stevens & sons Ltd (2nd ed) 1962, p222.

مشار إليه لدى د.مأمون عبد الكريم، نفس المرجع، ص721.

(4) حيث عمد الأطباء الألمان آنذاك إلى حقن الأسرى بفيروس typhus، تعرض الأسرى إلى الماء البارد وإلى انخفاض الضغط الهوائي لمعرفة آثار المرتفعات العالية والتجميد بالبرودة، كما جرب الأطباء الألمان على الأسرى الهرمونات الاصطناعية والعمليات الجراحية في الأعصاب

والعظام، راجع محمد عيد الغريب، التجارب الطبية والعلمية وحرمة الكيان الجسدي للإنسان، دراسة مقارنة القاهرة، مطبعة أبناء وهبة حنان، ط01، دت، ص 17 و ما بعدها.

(5)Hennau et Hubletles projets de réglementation de l'expérimentation sur les humains, 6 ème journées d'études juridiques, jean Dabin, organisées par l'unité de droit pènalDruylant, Bruxelles 1982.
, p319.

(6) R Faden& T Beauchamp- "Ahistory and theory of informed consent" Oxfort, O.U.P; 1986, P155.

مشار إليه لدى مأمون عبد الكريم، المرجع السابق، ص 725.

(7) مأمون عبد الكريم، نفس المرجع، ص722.

(8) la déclaration d'Helsinki, précité

لقد تضمن إعلان هلسنكي أربعة فصول:

- المقدمة أو الديباجة (introduction).
- I-المبادئ الأساسية (Principe de Base).
- II- التجارب العلاجية (Expérimentation thérapeutique)
- III-التجارب غير العلاجية (Expérimentation nom-thérapeutique)

(9) محمد عيد الغريب، المرجع السابق، ص25.

(10) المادة الأولى من المبادئ الأساسية لإعلان هلسنكي.

(11) المادة الثانية من المبادئ الأساسية لإعلان هلسنكي.

(12) المادة الثالثة من المبادئ الأساسية لإعلان هلسنكي.

(13)المادة الخامسة من المبادئ الأساسية لإعلان هلسنكي.

(14) المادة السادسة من المبادئ الأساسية لإعلان هلسنكي.

(15)المادة السابعة من المبادئ الأساسية لإعلان هلسنكي.

(16) المادة التاسعة من المبادئ الأساسية لإعلان هلسنكي.

(17)المادة الحادية عشر من المبادئ الأساسية لإعلان هلسنكي.

(18) مأمون عبد الكريم، المرجع السابق، ص 731.

(19)المادة الأولى من الباب الثاني لإعلان هلسنكي..

(20)المادة الرابعة من الباب الثاني لإعلان هلسنكي..

(21) المادة الخامسة من الباب الثاني لإعلان هلسنكي.

(22)J.P, Swasey- "protecting the animal of necessity: limust to Inquiry in clinical Investigation", 107 Deadalus 129 (1978), p133.

(23) من الاتفاقيات الإقليمية التي تناولت حماية حقوق الإنسان في التجارب الطبية والعلمية يمكن ذكر:

1-الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان- والتي وقعتها بعض الدول الأوربية المنظمة للمجلس الأوربي بروما بتاريخ 04 نوفمبر 1950، راجع في هذا الشأن Hennau et Hublet المرجع السابق، ص320.

2-توجيهات المجلس الأوربي، أهمها توجيهاته الصادرة بتاريخ 20 ماي 1975 بخصوص التجارب التي يجريها الصيادلة على الإنسان.

3-ميثاق حقوق المرضى، (le charte de droits des patients)، الذي اعتمده البرلمان الأوربي بتاريخ 19 يناير 1984 في ستراسبورغ (Strasbourg) والذي تضمن بعض القواعد المتعلقة بحماية المرضى من التجارب الطبية.

راجع:

J.Flemaire, et Imbert, Jean-luc - "la responsabilité médicale", paris presses universitaires de France, 1985, p125.

4- الاتفاقية الأوربية الخاصة بحقوق الإنسان والطب الحيوي- المنعقدة بتاريخ 04 أفريل 1997 بمدينة Oveido الاسبانية، والتي نصت على حماية حقوق الإنسان وكرامته في مواجهة العلوم الطبية، فقد نصت المادة الأولى منها على أنّ أطراف الاتفاقية تحمي كرامة الإنسان، كما تنص المادة الثانية منها على وجوب ترجيح مصلحة الإنسان ومنفعته على مصلحة المجتمع أو العلم. مأمون عبد الكريم، المرجع السابق، ص 735.

(24)حيث انعقد في الفترة بين 22 من شهر أفريل إلى غاية 13 من شهر ماي سنة 1968.

(25) محمد عيد الغريب، المرجع السابق، ص31.

(26) راجع بخصوص هذه التوصيات الوثيقة النهائية للمؤتمر الدولي لحقوق الإنسان المنعقد بطهران من 22 أفريل إلى 13 مايو 1968، منشورات الأمم المتحدة، نيويورك.

(27) وقد عالجت بعض المؤتمرات الإقليمية نفس الموضوع مثل الجمعية المصرية للقانون الجنائي التي عقدت مؤتمرها الأول في الإسكندرية في الفترة بين 14 و17 مارس 1987، حيث تناول المؤتمر في أحد موضوعاته" قانون العقوبات في مواجهة الأساليب الطبية الفنية الحديثة" أشار إليه محمد عيد الغريب، المرجع السابق، ص32.

(28)Déclaration universelle sur le génome Humain et les Droit de l'homme, UNESCO, 1997.

مشار إليه لدى مأمون عبد الكريم، المرجع السابق، ص737.

(29) مأمون عبد الكريم، نفس المرجع، ص737.

(30) مأمون عبد الكريم، نفس المرجع، ص737.

(31) محمد عيد الغريب، المرجع السابق، ص33.

الأساس القانونيّ للمسؤوليّة المدنيّة في الجراحة التجميليّة وطبيعتها القانونيّة

د.كيسي زهيرة
المركز الجامعي لتامنغست

¥

تعددت التعريفات الي ذكرها الفقهاء للجراحة التجميلية، ومنها جراحة التجميل في الأصل كلمة يونانية مكونة من مقطعين، الأول keirourgia ويقصد به العمل اليدوي والثانية aisthetikos وتعي القدرة على الإحساس المتولدة من الشعور بالجمال، فهي الي لا يكون الغرض منها علاج مرض عن طريق التدخل الجراحي، بل إزالة تشوه حدث في جسم المريض بفعل مكتسب أو خلقي أو وظيفي[1]

كما عرفت عمليات التجميل الجراحية بأنّها كلّ عمل في جسم الإنسان يعدّ تجميلا أو إزالة العيب عنه[2]

وعرفت بأنّها عمليات طبية جراحية تستهدف إدخال تعديلات وتغييرات على الجسم البشري، إمّا بهدف العلاج، كما هو في عمليات الترميم ومعالجة الحروق، وإمّا بهدف التحسين والتغيير وفقا لمعايير الحسن والجمال السائدة[3]

وللبحث في موضوع الأساس القانوني للمسؤولية المدنية في الجراحة التجميلية وطبيعتها القانونية، سأعمل على تقسيم البحث إلى قسمين أتناول في القسم الأول الأساس القانوني للمسؤولية المدنية في الجراحة التجميلية وفي القسم الثاني طبيعة المسؤولية المدنية في الجراحة التجميلية.

أولا- الأساس القانوني للمسؤولية المدنية في الجراحة التجميلية

لدراسة الأساس القانوني للمسؤولية المدنية في الجراحة التجميلية لابد من البحث في الموقف التشريعي من المسؤولية المدنية للجراحة التجميلية ثمّ بيان الأساس الذي تقوم عليه.

1. الموقف التشريعي من المسؤولية المدنية للجراحة التجميلية

بالرجوع لمختلف القوانين الجزائرية المنظمة للأعمال الطبية، لا نجد ما يدلّ على تنظيم المشرع الجزائري لأحكام الجراحة التجميلية بصورة خاصة، إلاّ أنّه يمكننا استنباط بعض الأحكام المتعلقة بها من خلال الرجوع إلى القواعد العامة المنظمة لمهنة الطب وقواعد المسؤولية فيها.

وتجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أنّ انعدام النصوص التشريعية المنظمة لهذا المجال الحساس في الطب، لم يمنع من ظهور أنشطة غير شرعية ليس مرخص بها على مستوى العيادات الطبية الخاصة، إذ جاء على لسان السيد أوغانم محمد رئيس الجمعية الجزائرية للطب التجيلي: "إنّ الطب التجميلي بالجزائر تخصص غير معترف به من قبل الوزارة الوصية والمجلس الوطني لأخلاقيات مهنة الطب، وإنّ الجزائر لم تحتل مرتبة رائدة في هذا المجال، وتجربتها لا تزال في أولى خطواتها، وذلك ليس بسبب نقص في الكفاءات أو القدرات الطبية، مرجعا الوضع إلى مشكل مؤسساتي يرتبط أساسا بوزارة الصحة ووزارة التعليم العالي والبحث العلمي ووزارة التجارة والمجلس الوطني لأخلاقيات مهنة الطب، فهذا التخصص يعرف فراغا قانونيا في غياب الإطار القانوني الذي ينظمه، فهو تخصص لا يدرس بالجامعات والمعاهد الجزائرية..."[(4)]، لكن بالرجوع إلى القواعد العامة نجد أنّ الطبيب في الجراحة التجميلية يلتزم بما تفرضه النصوص القانونية على كلّ طبيب من دون تخصيص، فعلى سبيل المثال يعدّ الالتزام بالتبصير من أهم الالتزامات التي تقع على عاتق الطبيب إذ جاء في نص المادة 44 من مدونة أخلاق الطب الجزائرية: "يخضع كلّ عمل طبي يكون فيه خطر جدّي على المريض لموافقة المريض موافقة حرّة ومتبصرة، أو لموافقة الأشخاص المخولين...".

فتطبيقا لمبدأ حسن النية في المعاملات يتوجب على الجراح التجميلي تبصير مريضه بكافة المخاطر المترتبة على هذه الجراحة سواء كانت مخاطر متوقعة أو مخاطر لا تحدث إلا استثناء[(5)]

في حين أخذ المشرع الفرنسي موقفا إيجابيا في النص على التزام الجراح التجميلي بالتبصير، وذلك في نص المادة 35 من قانون أخلاقيات المهنة الفرنسي.

كما تجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أنّه من النصوص التي تجيز الجراحة التجميلية بصورة غير مباشرة الفقرة الثالثة من المادة 168 من قانون حماية الصحة وترقيتها[6]: "تخضع التجارب التي لا يرجى من ورائها العلاج للرأي المسبق للمجلس الوطني لأخلاقيات العلوم الطبية المنصوص عليها في المادة 1/168 منه"، ومن تحليل نصّ المادة نجد أنّ العمليات الجراحية تعنى به، لأنّ الهدف منها قد يكون الترميم والتحسين والتغيير لا العلاج[7]

كما أنّ المشرع الأردني لم ينظم أحكام الجراحة التجميلية، واكتفى بالنص في الدستور الطبي الأردني بالنص على واجبات الطبيب عموما وقيام المسؤولية الطبية بين الطبيب والمريض على بدل العناية وعدم الإهمال وليس الشفاء، وأن يكون للعمل الطبي ضرورة تبرره[8]، كما أنّ المشرعين المصري والسوري سكتا عن النص على الجراحة التجميلية.

غير أنّ المشرع الفرنسي اعترف بها منذ سنة 1988 تحت اسم الجراحة البلاستيكية التقويمية[9] **chirurgie plastique reconstructrice**، وقد أدرج المشرع الفرنسي سنة 2002 الجراحة التجميلية في قانون 04 مارس 2002[10] المتعلق بحقوق المرضى ونوعية خدمات الصحة المعدل لقانون الصحة العمومية، حيث نصت المادة **L6322**-1 على شروط الترخيص بقولها: "إنّ أي تدخل جراحي تجميلي حتى في المؤسسات العلاجية المذكورة في الكتاب الأول لا يمكن أن تتم ممارسته إلا بتوفر منشآت مقبولة تلي الشروط التقنية للعمل المنصوص عليه في المادة 3-**L6113**..."[11]، كما نصت المادة 2 -**L6322** من القانون نفسه على أهمّ التزام يقع على عاتق الطبيب وهو الالتزام بالإعلام وتبصير المريض أو ممثله الشرعي عن الأخطار والنتائج والمضاعفات المحتملة، وهذه

المعلومات يجب أن ترفق بتقدير للتكاليف يكون مفصلا، ويجب أن يحدد أجل معين يحترم من طرف الطبيب بين تسليم فاتورة التكليف ويوم العملية، خلال هذه المدة لا يترتب على المريض أي التزام سوى دفع أتعاب الطبيب عن الفحوص والاستشارات السابقة للعملية..."[12].

2. الخطأ أساس المسؤولية المدنية في الجراحة التجميلية

إنّ الخطأ كما يقول الفقيه سافتيي **Savatier** بمثابة إخلال بواجب قانوني كان في وسع المخل أن يتبينه وأن يلتزم به، وهذا الواجب إمّا أن يكون منصوصا عليه في القانون، أو ناشئا عن عقد....والخطأ الطبي عموما لا يتميز عن الخطأ العادي إلاّ من حيث ارتباطه بأصول مهنة الطب التي تقوم على أمور فنية وتقنية، ومن ثمّ يستوجب الأمر تكييف العناصر التي يقوم عليها تعريف الخطأ من الناحية القانونية لتتفق مع الأعمال الطبية، ومن ثمّ يتحدد الخطأ في كل مخالفة أو خروج من الطبيب في سلوكه على القواعد والأصول الطبية التي يقضي بها العلم، أو المتعارف عليها نظريا وعمليا وقت تنفيذه للعمل الطبي أو إخلاله بواجبات الحيطة والحذر واليقظة التي يفرضها القانون وواجبات المهنة على الطبيب، متى ترتب على فعله نتائج جسيمة في حين كان في قدرته وواجبا عليه أن يكون يقظا وحذرا في تصرفه حتى لا يضر بالمريض[13]، فمثلا عدم تدخل اتخاذ الاحتياطات اللازمة لدى استعمال أشعة الليزر على بشرة المريض قد تسبب له حروقا.

وقد تمثلت خصوصية الجراحة التجميلية في مدى التشدد الذي أظهرته المحاكم لدى تقديرها للخطأ المهني لجراح التجميل والتوسع في تحديد خطئه الفني بسبب أنّ هذا الأخير يتمتع بدرجة عالية من التخصص، مما يلزم الجراح التجميلي عدم الإقدام على العملية إلاّ إذا كان واثقا من نجاحها، كما تمثل التشدد في التزام الجراح التجميلي بالإعلام، بحيث تمّ إلزامه بإعلام المريض عن جميع المخاطر، ولو كانت ثانوية.

وإذا ما سلّمنا أنّ أساس المسؤولية في الجراحة التجميلية هو الخطأ نكون قد أخذنا بالنظرية الشخصية – الذاتية- للمسؤولية، التي تعتمد على سلوك الشخص المسؤول وحالته النفسية، فالخطأ وفقا لهذه النظرية يعدّ إخلالا بالسلوك ينسب لمن يملك الإرادة الحرة العاقلة ويخضع التعويض إلى تقدير حال الفاعل المعنوية ونفسيته[14]

وفي الأخير تجدر الإشارة إلى أنّ كلاّ من المشرع والفقه والقضاء الفرنسي أسّس مسؤولية الجراح التجميلي على الخطأ بنوعيه التقني – الفني- والمادي[15]، حيث يقصد بالأول الخطأ الذي يقع من الطبيب عندما يخالف الأصول الفنية لمهنة الطب كالخطأ في الجراحة ووصف العلاج، أو المادي والذي يقصد به ما يرتكبه الطبيب عند مزاولة عمله دون أن تكون له علاقة بالأصول الفنية لمهنة الطب، وذلك عندما يخل بواجب الحرص والحيطة الذي يلتزم به كل فرد[16]

3. الاستثناءات الواردة على النظرية الشخصية

إذا كانت أغلب التشريعات قد جعلت الخطأ أساسا لمسؤولية الجراح التجميلي، وبالتالي أخذت بالنظرية الشخصية، فإنّه على العكس من ذلك هناك بعض التشريعات التي أقامت المسؤولية في الجراحة التجميلية على أساس الضرر، (النظرية الموضوعية) وعلى رأسها التشريع الأردني، إذ تعتمد هذه النظرية على العلاقة السببية التي تربط بين الضرر والمسؤول، ولا تهتم بالأمور النفسية عند الفاعل، فهو مسؤول سواء أراد إحداث الضرر أم لم يرد[17]

لقد أخذ المشرع الأردني بالمسؤولية الموضوعية القائمة على الإضرار بالمباشرة أو التسبب، حيث يعدّ المباشر مسؤولا من دون تمييز بين ما إذا كان متعمدا أم متعديا بالمقابل، ولا يسأل المتسبب إلاّ إذا كان متعمدا أو متعديا[18].

ثانيا- طبيعة المسؤولية في الجراحة التجميلية

تقضي القواعد العامة بتقسيم المسؤولية المدنية إلى قسمين؛ مسؤولية عقدية ومسؤولية تقصيرية؛ حيث تتحقق الأولى إذا تمّ الإخلال بالتزام تعاقدي ناشئ عن عقد صحيح بين المسؤول والمضرور، في حين تتحقق الثانية عند انتفاء العلاقة العقدية بينهما.

وإنّ التساؤل المطروح في هذا الصدد هو هل المسؤولية المدنية لجراح التجميل هي مسؤولية عقدية أم تقصيرية؟

لقد اختلفت التشريعات وآراء الفقهاء في تحديد طبيعة المسؤولية المدنية لجراح التجميل.

1. المسؤولية العقدية:

يشترط لقيام المسؤولية العقدية للطبيب وجود عقد قائم بينه وبين المريض، فالطبيب بمجرد فتحه لعيادته وتعليقه للافتة يكون في موقع من أصدر الإيجاب، كما يجب أن يكون العقد صحيحا تتوافر فيه جميع أركان العقد من إيجاب وتوافقه مع القبول، غير مشوب بأي عيب من عيوب الإرادة ومحل موجود ومعين ومشروع، وسبب موجود ومشروع، كما يجب أن يكون خطأ الطبيب نتيجة عدم تنفيذه لالتزامات ناشئة عن العقد الطبي.

ولقد استقر الوضع في فرنسا بعد قضية **Mercier** بتاريخ 20 ماي 1936 أين اعتبرت مسؤولية الطبيب اتجاه المريض مسؤولية عقدية، وأصبح ذلك مبدأ ثابتا في القانون الفرنسي، حيث جاء في قرار محكمة النقض الفرنسية بخصوص هذه القضية: "...إنّ العلاقة بين الطبيب والمريض هي عقدية ناجمة عن عقد العلاج...ولا يلتزم الطبيب بموجب هذا العقد شفاء المريض، وإنّما يلتزم بإعطائه العلاج الملائم واللازم، والمطابق لمكتسبات العلم الحالية، وأن يحيطه بالعناية الصادقة والحريصة، مع مراعاة الظروف الاستثنائية، ومخالفة الطبيب لالتزامه العقدي تؤدي إلى مجازاته حسب قواعد المسؤولية العقدية حتى لو كانت هذه المخالفة غير إرادية"[19]

وهو ما ذهبت إليه محكمة النقض المحكمة المصرية في قرار لها بتاريخ 26\06\1996، في حين لم تضع محكمة التمييز الأردنية مبدأ حول طبيعة المسؤولية المدنية، حيث لم تتعرض أحكامها الصادرة في هذا الشأن إلى التفرقة بين المسؤولية التقصيرية والمسؤولية العقدية للأخطاء الطبية[20].

ومن ثمّ يمكن القول إنّ مسؤولية الجراح التجميلي هي في الأصل مسؤولية عقدية، حيث إنّ دخول الشخص لعيادة الجراح التجميلي هو في حدّ ذاته قبول لإيجاب جراح التجميل المتمثل بعرض خدماته على الجمهور، وأنّ جراحة التجميل تتمّ بناءً على طلب المريض مما ينتج الأثر القانوني لقيام العلاقة العقدية بين الطرفين وفيه يكون جراح التجميل مسؤولا عن الضرر العقدي ولا يجوز للمريض والطبيب التجميلي الاتفاق على إعفاء المدين – الجراح- من المسؤولية العقدية، إذا صاحب إخلاله بتنفيذ الالتزام خطأ جسيم لمخالفة ذلك للنظام العام، إذ إنّ إجازته تيسر فتح باب الإضرار بالناس أو يدفعهم إلى عدم التحرز في تصرفاتهم سندا للمادتين 270 و1\385 من القانون المدني الأردني[21].

وعلى هذا الأساس على الجراح التجميلي تنفيذ التزاماته التعاقدية وفقا لما تقتضيه النصوص القانونية، إذ عليه قبل إجراء الجراحة إعلام المريض بكل مخاطرها سواء كانت متوقعة أو نادرة الحدوث، وسواء كانت جسيمة أم بسيطة، وعليه إعلامه بكلّ الظروف التي ستتم فيها الجراحة حتى يتمكن من اتخاذ قراره بالخضوع للجراحة من عدمه[22].

كما يلتزم الجراح التجميلي باستعمال الأجهزة الطبية والتقنية التي تتناسب والهدف من تدخله الجراحي ووجوب ضمان سلامة استخدام هذه الأجهزة[23].

وتجدر الإشارة في الأخير إلى أنّه إذا كان القضاء الفرنسي والمصري قد اعتبر مسؤولية الطبيب في الجراحة التجميلية مسؤولية عقدية، فإنّ القضاء الجزائري يميل بصدد الطبيعة القانونية للمسؤولية الطبية إلى

تصنيف أحكام المادة 124 من القانون المدني الجزائري كأساس لمنح تعويض المريض أو لذوي حقوقه[24]

2. المسؤولية التقصيرية:

تقوم المسؤولية التقصيرية على الإخلال بالتزام قانوني واحد لا يتغير، هو الالتزام بعدم الإضرار بالغير أو بالتزامه بعلاج المريض بحيطة وحذر[25]

وقد استند أنصار مسؤولية الطبيب التقصيرية إلى عدة حجج، وهي:[26]

- إنّ المسؤولية الطبية لها طبيعة فنية بحتة، إذ إنّ الطبيب ملزم بمراعاة واجب الضمير والأصول العلمية الطبية الثابتة بعلم الطب، إذ إنّ كلّ ما يتعلق بالضمير والأصول العلمية الثابتة مناط بقواعد المهنة، وهذا خارج عن دائرة العقد.
- إنّ كلّ فعل يقوم به الإنسان ونشأ عنه الضرر للغير، فإنّه يوجب المسؤولية التقصيرية، وإن لم يشكل جريمة جنائية، وعمل الطبيب لا يخرج عن ذلك، وهو لا يتمتع بحصانة تجاه ذلك الاستناد إلى فكرة النظام العام، لأنّ العلاج الطي يتعلق بحياة الإنسان وسلامة جسمه وبدنه، والمساس بذلك يعدّ مساسا بالنظام العام، وهي القواعد الأساسية التي تهم المصلحة العليا للدولة الواجب على الجميع احترامها، وفي حال مخالفتها يخضع المسؤول عن ذلك لقواعد المسؤولية التقصيرية.
- إنّ شروط قيام المسؤولية الطبية المدنية في القانون الأمريكي هي نفسها الشروط التي نص عليها القانون السويسري، حيث ينص على أنّه: "لا تقوم مسؤولية الطبيب إلاّ إذا أخلّ بالتزام الحيطة، ويعرض المريض لضرر وقيام علاقة سببية بين الاثنين (الإخلال والضرر)[27].

- **حالات قيام المسؤولية القصيرية لجراح التجميل**

تتمثل حالات قيام المسؤولية التقصيرية لجراح التجميل في الآتي:[28]

- بطلان العقد الطبي إذا ما ثبت بطلان العقد الطبي لأي سبب من أسباب البطلان يدخل الجراح تحت طائلة المسؤولية التقصيرية.
- جراح التجميل الذي يعمل في مستشفى عام: إذا كان جراح التجميل يعمل في مستشفى بصفته موظفا عاما، يعتبر في مركز تنظيمي ويخضع للقوانين الخاصة بالعاملين في الدولة، وبالتالي لا يمكن مساءلته إلاّ على أساس المسؤولية التقصيرية.
- حالة تقديم جراح التجميل لخدماته مجانا، وهنا ثار خلاف بين الفقهاء، فمنهم من اعتبر مسؤوليته العقدية قائمة وإن كانت من دون أجر، ومنهم من ذهب إلى نفي الطبيعة العقدية من الخدمات المجانية على اعتبار أنّ هذا العقد يقتضي من طرفه الالتزام به، فالواعد بخدمة مجانية لا يترتب أيّ التزام في ذمته، وبالتالي لا يترتب على مثل هذا النوع من الالتزامات سوى مسؤولية تقصيرية، وقد أخذ القضاء الفرنسي بالرأي الأول أي اعتبره عقداً وإن كان بالمجان، حيث قضت محكمة النقض الفرنسية بأنّ : "التقليد الذي جرى عليه الأطباء في عدم تقاضي أجر من زملائهم يمكن أن يفسر على أنّه إبراء اختياري من دين بني على التبادل، ومن ثمّ فالعقد الحاصل بين الطبيبين لا يكون من قبيل التبرع"[29] إلا أني أرى في هذا الصدد أنّ الأمر لا يتعلق فقط بالعوض المالي كي يعدّ التصرف عقدا أم لا، فعقود التبرع لا تنفي دائما بقية الالتزامات على عاتق المتبرع، وبخاصة إذا كنا أمام مسألة حياة الإنسان وسلامة بدنه، فعلى الرغم من أنّ الطبيب يتنازل عن أجره، يبقى ملتزما تجاه المريض ببقية الالتزامات كالالتزام بأخذ رضا وموافقة المريض، وإعلام وتبصير المريض وغيرها من الالتزامات الفنية والمهنية التي تقع على عاتقه.

- الحالة التي يكون فيها التشويه شديدا لدرجة تصبح معها حياة من يشكو منه عبئا قد يدفعه إلى طلب التخلص منها، وهنا على الجراح التجميلي إثبات ذلك بشهادة الأخصائيين النفسانيين، لأنّ تقديره ذلك لا يكفي للقول إنّ المريض كان في حال ميؤوس منها[30]
- الحالة التي يكون فيها التدخل الجراحي التجميلي مكملا أو نتيجة حتمية لمرض أو حادثة ألمت بالمريض[31]

خاتمة

إنّ دراسة موضوع الأساس القانوني للمسؤولية الطبية في الجراحة التجميلية وطبيعتها القانونية يعدّ من الموضوعات الصعب الوقوف عندها نظرا لتعدد المفاهيم التي أعطيت لها، واختلاف القصد من إجرائها؛ للترميم أو التغيير أو التحسين أو للعلاج وتخفيف الآلام... هذا من جهة، ومن جهة أخرى نظرا لسكوت مختلف التشريعات كالتشريع الجزائري والمصري والسوري عن تنظيم أحكامها مكتفين بالأحكام العامة على خلاف التشريع الفرنسي الذي نظّم أحكامها وعمل على تعديلها سنة 2004.

وعلى الرغم من ذلك يمكن القول إنّ مسؤولية الجراح التجميلي غالبا ما تكون مسؤولية تقصيرية تقوم على أساس الخطأ المتمثل في الفعل الذي ألحق أضرارا بالغير، والذي عادة ما يتحقق عندما يخل الجراح بالتزامه بتقديم العناية الخاصة كطبيب متخصص ملزم باحترام الأصول العلمية الثابتة في الطب.

الهوامش والمراجع المعتمـــدة

(1) محمد سامي الشوا، مسؤولية الأطباء وتطبيقاتها في قانون العقوبات، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص146.

(2) محمد الحسيني، عمليات التجميل الجراحية ومشروعيتها الجزائية بين الشريعة والقانون، ط01، مركز ابن ادريس الحلي للدراسات الفقهية، 1429هـ، 2008م، ص23.

(3) محمد الحسيني، المرجع نفسه، ص24.

(4) ندوة الشروق حول الطب التجميلي في البلاد، بإدارة كريمة خلاص ودلولة حديدان، بتاريخ 2009/04/03.

(5) هو الموقف نفسه الذي أخذ به المشرع الأردني.

(6) القانون رقم: 09-17 المعدّل والمتمم للقانون رقم: 85-05 المؤرخ في: 16 فبراير 1985 والمتعلق بحماية الصحة وترقيتها.

(7) محمد الحسيني، مرجع سابق، ص24.

(8) بشار المومني، علاء الدين الخصاونة، أساس مسؤولية جراح التجميل وطبيعتها القانونية في القانون الأردني، المجلة الأردنية في القانون والعلوم السياسية، المجلد 02، العدد 04، 2010، ص 19.

(9) Maitre Carine Duvieu Dieblot, Qu est ce que la chirurgie esthétique. Article publié sur cite sos.net.eu.org/ médical chirurgie/ htm.

(10) La loi du 4 mars 2002 sur le droit des malades et la qualité du système de santé, intégrée au code de la santé publique, régit la pratique de la chirurgie esthétique.

(11) Article L6322-1 stipule, Une intervention de chirurgie esthétique, y compris dans les établissements de santé mentionnés au livre Ier, ne peut être pratiquée que dans des installations satisfaisant à des conditions techniques de fonctionnement. Celles-ci font l'objet d'une certification dans les conditions prévues à l'article L. 6113-3.

La création de ces installations est soumise à l'autorisation de l'autorité administrative territorialement compétente. L'autorisation, qui entraîne la possibilité de fonctionner, est accordée pour une durée limitée renouvelable. Elle est subordonnée au résultat d'une visite de conformité sollicitée par la personne autorisée et menée par l'autorité administrative compétente.

Elle est réputée caduque si l'installation n'a pas commencé à fonctionner dans un délai de trois ans. De même, sauf accord préalable de l'autorité administrative sur demande justifiée du titulaire de l'autorisation, l'arrêt du fonctionnement de l'installation pendant une durée supérieure à six mois entraîne la caducité de l'autorisation. La caducité est constatée par l'autorité administrative compétente.

L'autorisation est retirée si une publicité directe ou indirecte sous quelque forme que ce soit est effectuée en faveur de l'établissement titulaire de ladite autorisation.

L'autorisation peut être suspendue totalement ou partiellement, ou peut être retirée par l'autorité administrative compétente pour les motifs et dans les conditions prévues à l'article L. 6122-13. Toutefois, l'avis de la commission spécialisée de la conférence régionale de la santé et de l'autonomie compétente pour le secteur sanitaire n'est pas exigé.

(12) Article L6322-2 stipule; Pour toute prestation de chirurgie esthétique, la personne concernée, et, s'il y a lieu, son représentant légal, doivent être informés par le praticien responsable des conditions de l'intervention, des risques et des éventuelles conséquences et complications. Cette information est accompagnée de la remise d'un devis détaillé. Un délai minimum doit être respecté par le praticien entre la remise de ce devis et l'intervention éventuelle. Pendant cette période, il ne peut être exigé ou obtenu de la personne concernée une contrepartie quelconque ni aucun engagement à l'exception des honoraires afférents aux consultations préalables à l'intervention.

(13) وداد أحمد العيدوني، عبد الحليم المي، الخطأ الطبي بين الشرع والقانون، بحث مقدم في مؤتمر قضايا طبية معاصرة، المنعقد بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، من 23-1430\11\25هـ، ص ص1-2.

(14) من الصعب البحث في نفسية الفاعل، لذا يعدّ إثبات الخطأ في النظرية الشخصية من الأمور المعقدة.

(15)Dans l arret du 7 octobre 1992 la cour de cassation francaise conclut : "Attendu, selon les énonciations des juges du fond, que M. Y... a effectué plusieurs interventions de chirurgie esthétique, dont l'implantation de deux prothèses mammaires, sur Mme A... ; que celle-ci, mécontente du résultat, a refusé de régler ses honoraires ; que deux expertises médicales, confiées l'une à un spécialiste de la chirurgie esthétique, le docteur Z..., l'autre à un neurologue, le docteur X..., ont été ordonnées ; qu'au vu de ces rapports, l'arrêt attaqué (Paris, 28 septembre 1990) a considéré qu'aucune faute ne pouvait être reprochée à M. Y... ;

Attendu que Mme A... reproche à la cour d'appel d'avoir ainsi statué en l'absence de toute énonciation de nature à faire apparaître que M. Y..., qui avait suggéré une " refonte complète ", ait informé la patiente de l'aléa attaché à l'intervention chirurgicale ou lui ait permis d'apprécier objectivement une adéquation quelconque du risque existant du chef des prothèses mammaires avec les avantages escomptés par celle-ci, la décision étant ainsi privée de base légale ;

Mais attendu qu'après avoir relevé que, selon l'avis du docteur Z..., le résultat inesthétique n'était pas dû à une faute du chirurgien mais à la méthode elle-même, les résultats des prothèses mammaires étant encore statistiquement aléatoires, les juges du second degré ont estimé, au vu des rapports d'expertise et dans l'exercice de leur pouvoir souverain d'appréciation, que Mme A..., dont la décision de subir l'intervention avait été " raisonnée ", n'apportait pas la preuve d'un manquement de M. Y... à ses obligations ;

D'où il suit que leur décision n'encourt pas le grief qui lui est fait par le moyen, lequel ne peut être accueilli."

(16) سهى الصباحين، ومنير هليل، وفيصل شطناوي، الالتزام بالتبصير في الجراحة التجميلية: دراسة مقارنة بين القانون الأردني والقانون المصري والفرنسي، مجلة جامعة النجاح للأبحاث، العلوم الإنسانية، المجلد 26، الإصدار 07، 2012، ص1647.

(17) بشار المومني، علاء الدين الخصاونة، المرجع السابق، ص31.

(18) بشار المومني، علاء الدين الخصاونة، المرجع نفسه، نفس الصفحة.

(19) Arret Mercier 2o mai 1936 '« L'obligation de soins découlant du contrat médical et mise à la charge du médecin est une obligation de moyens ; le médecin ne pouvant s'engager à guérir, il s'engage seulement à donner des soins non pas quelconque mais consciencieux, attentifs et conformes aux données acquises de la science ».

(20) المسؤولية الطبية، بحث منشور في موقع مدونة المحامي مصطفى فراج
https:\\Farrajmustafa.wordpress.com 7\10\2013.

(21) بشار المومني، علاء الدين الخصاونة، مرجع سابق، ص40.

(22) سهى الصباحين وآخرون، مرجع سابق، ص1646.
(23) بشار المومني، علاء الدين الخصاونة، مرجع سابق، ص40.
(24) صويلح بوجمعة، المسؤولية الطبية المدنية، المجلة القضائية العدد الأول، 2001، ص70.
(25) محمد الحسيني، مرجع سابق، ص ص 68- 69.
(26) منذر الفضل، المسؤولية الطبية في الجراحة التجميلية، دار الثقافة، عمان، ص35.
(27) Franz Werro, La responsabilité civile médical, vers une devise a l Americaine revue de l institut de droit de la santé; Université de Neachatel; p 16.
(28) حنين نصار، طبيعة المسؤولية المدنية لجراح التجميل في ضوء القانون الأردني، مقال منشور بتاريخ: 2014/01/30، على موقع رابطه:
www.lawjo.net
(29) قرار محكمة النقض الفرنسية 18\1938
(30) داودي صحراء، مسؤولية الطبيب في الجراحة التجميلية، (رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم الاقتصادية، جامعة ورقلة، 2006)، ص62.
(31) داودي صحراء، المرجع نفسه، الصفحة نفسها.